

**AMANDA PIMENTA GEHRKE**

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A  
ABERTURA DA SUCESSÃO MEDIANTE TÉCNICA DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA.**

**Brasília  
2016**

**AMANDA PIMENTA GEHRKE**

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A  
ABERTURA DA SUCESSÃO MEDIANTE TÉCNICA DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em  
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas  
e Sociais do Centro Universitário de Brasília  
UniCEUB.

Orientadora: Débora Guimarães.

**Brasília  
2016**

**AMANDA PIMENTA GEHRKE**

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A  
ABERTURA DA SUCESSÃO MEDIANTE TÉCNICA DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em  
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas  
e Sociais do Centro Universitário de Brasília  
UniCEUB.

Orientadora: Débora Guimarães.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

Banca Examinadora

---

Prof<sup>a</sup>. Débora Guimarães  
Orientadora

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me guiado a este caminho e ter me dado forças para conseguir chegar até aqui. À minha família, por sempre terem me apoiado e incentivado, em especial a minha avó querida, Selma Maria dos Santos. A minha orientadora, sempre solícita e prestativa, corroborando para a construção do meu trabalho. Aos amigos que estiveram juntos comigo nesta jornada, encarando todas as dificuldades ao longo destes cinco anos. E a todos aqueles que contribuíram de alguma forma, direta ou indiretamente, para que eu alcançasse mais esta etapa.

## RESUMO

Por muitas vezes, as normas que compõem o ordenamento jurídico não acompanham as inovações vivenciadas pela sociedade. Nesse contexto, o surgimento das técnicas de reprodução assistida ocasionou uma série de controvérsias no mundo jurídico acerca dos direitos sucessórios do embrião, quando reproduzido após a morte do genitor, diante da lacuna legislativa para regular o caso, seja para proibir ou admitir o direito à sucessão legítima. Por este motivo, o presente trabalho visa analisar a questão dos direitos sucessórios do filho concebido após a morte do pai e, consequentemente, após a abertura da sucessão, mediante técnicas de reprodução assistida. Justifica-se o trabalho pelo fato de não haver legislação específica acerca do direito à sucessão legítima do filho concebido após a morte do seu doador mediante técnicas de reprodução assistida homóloga, bem como por não possuir entendimento pacificado na doutrina atual. Dessa forma, é analisada a atual legislação acerca do direito sucessório e posteriormente é feito um estudo acerca da filiação no Brasil. A partir daí será demonstrada a possibilidade do embrião ter garantida a sua parte na herança, ainda que sua concepção seja realizada *post mortem*, à luz do princípio constitucional da isonomia entre os filhos, que visa garantir que todos deverão possuir os mesmos direitos. Por fim, será feita análise acerca do posicionamento jurisprudencial e doutrinário, concluindo-se, portanto, que a petição de herança, com prazo determinado, se traduz na medida mais adequada, tanto para proteger o filho contra eventuais desigualdades de direitos perante os demais, quanto para proteger outros possíveis herdeiros, perante o princípio da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Reprodução Assistida. Inseminação Artificial. *Post Mortem*. Princípio Constitucional da Isonomia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL.....</b>	<b>10</b>
1.1 CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO .....	10
1.2 HISTÓRICO EVOLUTIVO .....	13
1.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO BRASIL.....	16
1.4 ABERTURA DA SUCESSÃO E O PRINCÍPIO DE <i>SAISINE</i> .....	17
1.5 A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER .....	22
1.6 O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA.....	27
1.7 A SUCESSÃO LEGÍTIMA .....	29
1.7.1 <i>A Ordem de Vocação Hereditária</i> .....	30
1.7.2 <i>Concorrência do cônjuge e companheiro no âmbito da sucessão legítima</i> .....	36
1.8 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA .....	44
1.8.1 <i>Especificidades</i> .....	45
1.8.2 <i>Testamentos Ordinários</i> .....	52
<b>2 A FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....</b>	<b>57</b>
2.1 A FILIAÇÃO NO BRASIL.....	57
2.1.1 <i>Conceito</i> .....	58
2.1.2 <i>Espécies de Filiação</i> .....	60
2.1.2.1 Filiação Biológica .....	61
2.1.2.2 Filiação Registral e Socioafetiva .....	65
2.1.3 <i>O Poder Familiar e os demais Efeitos da Filiação</i> .....	67
2.2 FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	75
2.2.1 <i>Conceito</i> .....	76
2.2.2 <i>Espécies</i> .....	76
2.2.3 <i>Reprodução assistida Post Mortem</i> .....	78
<b>3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO MEDIANTE TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA .....</b>	<b>86</b>
3.1 QUEM É O FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO? .....	87
3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS .....	95
3.2 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO AO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO.....	98

CONCLUSÃO .....	114
REFERÊNCIAS.....	116

## INTRODUÇÃO

A cada dia que passa, são feitas novas descobertas no mundo todo. Em relação aos avanços da medicina, não é diferente. O método da reprodução humana assistida foi criado sem que ninguém jamais pudesse imaginar a sua possibilidade, reproduzir-se sem a necessidade do ato sexual. A maioria das pessoas que buscam a inseminação artificial apresentam eventuais dificuldades para concretizar a gravidez pelo método natural.

Porém, nem sempre o ordenamento jurídico consegue acompanhar a dinâmica social por meio das normas positivadas, o que acaba ocasionando a presença de lacunas normativas e gerando controvérsias entre os principais doutrinadores, por possuírem posicionamentos diversos acerca do caso concreto.

A reprodução assistida *post mortem* enfrenta problemas em relação aos direitos sucessórios, por não haver nenhuma norma legal que a regule, dando margem para vários entendimentos sobre a possibilidade ou não do embrião ter garantido a sua parte na herança, quando concebido após a morte do seu genitor. Isso porque o Código Civil, em seu artigo 1798, determina que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou ao menos já concebidas ao tempo da abertura da sucessão, deixando de abordar o direito a sucessão legítima do embrião concebido após a morte do seu doador, mediante técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Nesse sentido, e tendo em vista referida disposição normativa, indaga-se se seria possível conferir direito sucessório ao filho concebido após a abertura da sucessão através da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A doutrina possui dois entendimentos no que tange ao tema. O primeiro se posiciona contra o eventual direito do embrião ser contemplado na sucessão legítima do seu genitor, já falecido. Encontra-se a justificativa no artigo 1.798 do Código Civil, que dispõe que somente se legitimam a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Desse modo, ainda que o falecido tenha deixado seu material genético, bem como autorização expressa à sua esposa, dando poderes para que possa ser realizada a reprodução



assistida *post mortem*, aquele embrião não será legitimado para participar da sucessão do seu genitor, por ter sido concebido após a morte, isto é, por não atender o requisito da legitimidade prevista no artigo supracitado.

Em contrapartida, o segundo entendimento doutrinário, se justifica na Constituição Federal em seu artigo 227, § 6, que trouxe o princípio da isonomia entre os filhos, assegurando que todos eles devem possuir os mesmos direitos e qualificações, vedando qualquer tipo de discriminação relativa à filiação.

Dessa forma, no presente trabalho será defendido o segundo entendimento, ou seja, a possibilidade de concessão de direitos sucessórios aos filhos concebidos mediante técnicas de reprodução assistida homóloga. Ora, em que pese a própria Constituição Federal instituir a igualdade de direitos aos filhos, resta claro que o princípio está sendo gravemente violado ao conceder direitos sucessórios para uns filhos e não a todos.

Como solução, a presente pesquisa irá sustentar a possibilidade do embrião reproduzido *post mortem* possuir direito à herança, através de ação de petição de herança, que deverá ser ajuizada em prazo determinado, sendo esta a melhor forma para garantir tanto o princípio da igualdade entre os filhos, não deixando margem para a desigualdade de direitos, bem como a segurança jurídica dos demais herdeiros.

Assim, será utilizada a metodologia de análise doutrinária e jurisprudencial, uma vez que o caso encontra-se pendente de regulamentação específica.

Inicialmente, no capítulo 1, será abordada a disposição do direito sucessório atual, tratando em especial, na sucessão legítima, do momento da abertura da sucessão, do princípio de *saisine*, dos legitimados para suceder, da ordem de vocação hereditária e, na sucessão testamentária, dos legitimados e prole eventual e do testamento ordinário.

Adiante, o capítulo 2 trará uma análise da filiação no Brasil, dando ênfase na filiação decorrente de reprodução assistida, e fazendo um breve estudo acerca do mencionado método, verificando o conceito, as espécies e a realização *post mortem*.

Por fim, no capítulo 3, será tratada a possibilidade do embrião gerado através de reprodução assistida ter direito à herança, à luz do princípio constitucional da igualdade de direito entre os filhos, por outro lado, também será analisado o princípio de *saisine*, por fim, passará a análise do atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

# 1 O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

A única certeza que temos na vida é a de que um dia a morte chegará para todos. Porém, a maioria não gosta de pensar, muito menos de falar sobre esse assunto.<sup>1</sup> A questão é que a morte traz uma série de efeitos no âmbito jurídico, e uma destas consequências é de que com o falecimento cessa o domínio dos bens daquele que faleceu e seus bens são transmitidos a seus herdeiros. Neste momento surge o direito sucessório, objeto de estudo do presente capítulo, visando regulamentar as relações jurídicas por ele deixadas.<sup>2</sup>

## 1.1 CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO

Sucessão, em seu sentido amplo, diz respeito à transferência de direitos de uma pessoa para outra, seja mediante ato *inter vivos* ou *mortis causa*.<sup>3</sup> Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, suceder é uma forma de obtenção de direito ou domínio de um bem, isto é, uma pessoa transfere a titularidade de seus bens à outra, que passa a assumir o seu lugar com todos os direitos e deveres.<sup>4</sup>

O que ocorre com a sucessão é apenas a troca de sujeitos dentro de uma relação jurídica, o que significa que o objeto continua o mesmo, passando apenas a ter um novo detentor do bem que assume todas as obrigações do seu antecessor. Presume-se, portanto, que o simples ato de suceder não significa a extinção da relação jurídica.<sup>5</sup>

Já no âmbito jurídico, fala-se de sucessão em sentido restrito, que é o modo de aquisição apenas através de ato *causa mortis*, onde, ocorrendo o fenômeno morte, há a transmissão do patrimônio ativo e passivo do falecido aos seus sucessores.<sup>6</sup> Nesse mesmo sentido, assevera Maria Berenice Dias que na

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 7.

<sup>2</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 19-20.

<sup>4</sup> Ibidem, p.19.

<sup>5</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

<sup>6</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 19-20.

sucessão há a substituição da titularidade de bens, coisas, direitos, e até mesmo encargos.<sup>7</sup>

Conceitua-se, portanto, o direito sucessório como o conjunto de normas e princípios que regulamentam o destino dado a todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*.<sup>8</sup> Sendo assim, verifica-se a existência de dois sujeitos ao tratar dos direitos sucessórios, quais sejam, o falecido, cujo seus bens serão transmitidos, e por outro lado, o sucessor, que receberá os bens do *de cujus*, assumindo seus direitos e deveres.<sup>9</sup>

Ressalta-se que o direito a herança é uma garantia fundamental trazida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXX. Como se não bastasse, mais a frente o artigo 226, § 6º assegurou a igualdade entre todos os filhos, sejam os havidos ou não em casamento e os adotados, no que tange aos direitos, inclusive no âmbito sucessório.<sup>10</sup>

Já no que se refere ao fundamento do direito das sucessões, este sofre variação em decorrência da passagem histórica. Por muito tempo, a propriedade não era individualizada e sim coletiva, assim a titularidade dos bens seria pertencente a um determinado grupo de forma que o falecimento de alguém não influenciava no patrimônio individual de outra pessoa.<sup>11</sup> Posteriormente, a propriedade passou a ser individual surgindo a primeira ideia do direito sucessório, o que deu espaço para vários doutrinadores discutirem acerca do seu real fundamento.<sup>12</sup>

O primeiro deles, e mais importante, encontrava seu respaldo exclusivamente na religião, onde a propriedade era um bem familiar administrado pelo homem mais velho da casa, que substituíria o falecido devido ao culto doméstico.<sup>13</sup> Nessas antigas civilizações, a sucessão era vista como “instrumento para subsistência do culto aos antepassados e para continuação da religião dos

---

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 17.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2014. p. 3-4.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 24.

<sup>11</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 25.

falecidos”. E ainda, àquela época falecer sem deixar qualquer bem era considerado uma espécie de castigo maior ao falecido, que em virtude disto, sequer recebia visitas em seu túmulo.<sup>14</sup>

Superada a questão da religião como fundamento, atualmente a doutrina apresenta diversos entendimentos acerca do tema. Maria Helena Diniz defende a ideia de que o verdadeiro fundamento do direito das sucessões é a propriedade, podendo ainda estar conjugado com o direito de família.<sup>15</sup>

Em sua obra, cita Cogliolo, que entende pela necessidade da combinação dos dois institutos, assim como Lacerda de Almeida, que assegura que o direito das sucessões é o “regime da propriedade na família”.<sup>16</sup> E ainda, entende Maria Helena Diniz que:

O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugada ao direito das famílias. Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, que, de um modo geral, são seus familiares. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.<sup>17</sup>

Da mesma forma, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka entende como fundamento do direito sucessório o direito de família e a propriedade, uma vez que ao tratar de sucessão, falam-se da continuidade do patrimônio familiar e também na coesão, proteção e perpetuidade da família.<sup>18</sup>

E ainda, para José de Oliveira Ascensão que o fundamento se dá somente em razão da continuidade da vida humana, uma vez que, com a morte, os herdeiros do *de cuius* dão a continuidade nos bens deixados através da herança.<sup>19</sup>

Por fim, a doutrina majoritária formada, como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Helena Diniz, é a que possui uma visão mais abrangente

<sup>14</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 22.

<sup>16</sup> COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e direito privado*. 1 ed. Belo Horizonte: Líder. 2004. p. 298.

<sup>17</sup> DINIZ. op. cit., p. 16.

<sup>18</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 5.

<sup>19</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: Sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.13.

acerca do tema, entendendo como fundamento os dois institutos combinados, isto é, a propriedade e também a família.<sup>20</sup>

## 1.2 HISTÓRICO EVOLUTIVO

Surgem os primeiros vestígios do direito sucessório com a individualização da propriedade, sempre conectado à família e a continuação da religião,<sup>21</sup> isto é, do culto familiar. Os traços do direito sucessórios aparecem desde os tempos remotos, especialmente em sociedades que se organizavam em bases capitalista.<sup>22</sup>

Segundo Silvio de Salvo Venosa, “a propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto”.<sup>23</sup> O patrimônio era transmitido mais por questões religiosas do que patrimoniais. Entendia-se que quem morresse sem deixar uma destinação aos seus bens estaria cessando o culto doméstico. Surge então a importância do herdeiro, qual seja dar continuidade da religião.<sup>24</sup>

Ressalta-se que em Roma a sucessão sempre se dava entre o *pater família* e um sucessor na linha masculina. A explicação é que a filha mulher iria se casar e em virtude disso adotaria a religião da família de seu marido, não podendo continuar o culto familiar. E ainda, para não haver discussões, existia o direito de primogenitura, ou seja, o patrimônio era transmitido ao filho mais velho visando prevenir os bens da família.<sup>25</sup> Finda o direito de primogenitura e os privilégios que os homens tinham perante as mulheres somente com a Revolução Francesa, conforme se verá mais adiante.<sup>26</sup>

Surge também em Roma a Lei das XII Tábuas, em meados de 451 a.C., trazendo mais nitidez para o direito sucessório. Foi autorizado ao *pater famíliae*, aquele que era titular do patrimônio, a deixar através de testamento a sua vontade

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2014. p. 6.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 21.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil: Direitos das Sucessões*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 23.

acerca da transmissão dos bens após sua morte. Todavia, caso ocorresse o falecimento sem houver testamento, a herança seria devolvida, obedecendo a ordem das três classes de sucessores, quais sejam: *sui, agnati e gentiles*.<sup>27</sup>

Dessa forma, diferencia Flávio Tartuce como:

- “a) Os *sui*, ou *heredes sui et necessarii*, isto é, os filhos sob pátrio poder (atualmente ‘poder familiar’), a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cujus*. O Código Civil adotou a expressão ‘herdeiros necessários’. Nessa classe se incluíam os *heredesnecessarii*, que eram os escravos libertados no testamento e concomitantemente herdeiros.
- b) Os *agnati*, ou as pessoas sob o então chamado pátrio poder (no Código Civil vigente ‘poder familiar), ou que se subordinavam ao *pater familiar*, sendo contemplado o agnado mais próximo.
- c) Os *gentiles* – ou pessoas que pertenciam aos membros da mesma *gens*, ou da estirpe.”<sup>28</sup>

Já no período compreendido entre a queda do Império Romano até a Idade Média, a partir do século V, o direito de primogenitura volta a ter forte influência. Quando ao testamento, este possuía grande importância especialmente nos casos em que o falecido contemplava a Igreja, devido a sua forte influência à época.<sup>29</sup>

No direito germânico primitivo não existia sucessão testamentária. Os únicos herdeiros aceitos eram os que tinham vínculo sanguíneo.<sup>30</sup> Já com o feudalismo, na França, surge o princípio da *saisine*. Nessa época, o senhor feudal possuía direito à herança do servo que falecia, todavia só era recebido os bens após o pagamento de elevados impostos. Portanto, visando escapar da tributação, surge o referido princípio assegurando que imediatamente com a morte, os bens do *de cujus* automaticamente serão transmitidos aos seus sucessores.<sup>31</sup>

Quanto ao Brasil Colônia, prevaleciam as Ordenações do Reino. Dessa forma, em 1.603, com as Ordenações Filipinas, era chamado a suceder os colaterais

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 21.

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2014. p. 6.

<sup>29</sup> FILHO, João Biazio. *Histórico do Direito das Sucessões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>30</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 22.

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

até 10º grau, caso não existisse, seria deferida a herança ao cônjuge, se fossem casados à época da morte e, ainda, vivendo na mesma residência.<sup>32</sup>

Ademais, era aceita a sucessão testamentária, a sociedade se preocupava bastante em dispor as suas últimas vontades, perante o tabelião, e não somente quanto aos seus bens, mas também em relação a quem iria arcar com os cuidados funerários e religiosos após sua morte.<sup>33</sup>

Posteriormente, no Brasil foi inserido o princípio de *saisine*, primeiramente no artigo 978 da Consolidação das Leis Civis e logo após no artigo 1.572 do Código Civil de 1.916, dispondo que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.<sup>34</sup>

Com a influência da revolução francesa, no século XIX, no Brasil a linha de vocação hereditária “formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco.” Ademais, o direito de primogenitura foi abolido, bem como os privilégios que possuíam os homens também passaram a ser eliminados do direito civil.<sup>35</sup>

Já no ano de 1907 foi promulgada a Lei nº 1.839 que trocou a posição do cônjuge com os colaterais, que foram reduzidos até o 6º grau. Este foi o limite imposto pelo Código Civil de 1.916.<sup>36</sup>

Adiante, sobreveio o Decreto-Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, que determinou que a vocação hereditárias dos colaterais passaram a ser até o limite de 4º grau. Tal limitação foi acolhida pelo atual Código Civil.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> RODRIGUES, Elizete Maria da Conceição. *A sucessão do cônjuge casado no regime de comunhão universal e parcial de bens em concorrência com os descendentes: uma análise constitucional à luz do Princípio da Isonomia*. Disponível em: <[http://www.fapam.edu.br/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015210127ELIZETE\\_MARIA.pdf](http://www.fapam.edu.br/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015210127ELIZETE_MARIA.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>33</sup> DEVAL, Rafael Antônio. *Autonomia privada e as disposições testamentárias no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8338/autonomia-privada-e-as-disposicoes-testamentarias-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 23.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 24.

<sup>37</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6. p. 14.



Com o advento da Constituição Federal, restou assegurado o direito de herança como garantia fundamental, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXX e também o direito de igualdade de direitos entre os filhos, sendo de mesmo casamento, ou não, para todos os fins, com base no artigo 227, § 6º.<sup>38</sup>

Após a promulgação da Constituição Federal tiveram várias legislações que discutiram acerca dos direitos sucessórios, dentre as quais, a Lei nº 8.971/1994 regulando a sucessão entre os companheiros, Lei nº 10.050/2000, assegurando o direito real de habitação também ao filho que fosse portador de necessidades especiais.<sup>39</sup>

Por fim, com a vigência do Código Civil de 2002, foi inserida no atual ordenamento jurídico uma série de disposições acerca dos direitos sucessórios, tais como a concorrência do cônjuge com os ascendentes e descendentes, entre outras, utilizadas até os dias de hoje.<sup>40</sup>

### 1.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO BRASIL

Atualmente, a sucessão pode se dar por duas maneiras, em razão de lei, denominada sucessão legítima ou através de disposição de última vontade, isto é, através de testamento.<sup>41</sup>

Primeiramente, a sucessão legítima é a que decorre unicamente da lei.<sup>42</sup> Conforme dispõe o artigo 1.788 do atual Código Civil, será transmitida a herança aos herdeiros quando o *de cujus* morrer sem deixar testamento, quando não forem compreendidos os bens no testamento e, ainda, seu este for declarado nulo ou caducar.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4-5.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>40</sup> GONÇALVES, op. cit, p. 24.

<sup>41</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

<sup>42</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Aqueles sucessores que estiverem indicados na lei, quando houver a sucessão legal, serão denominados como herdeiros legítimos.<sup>44</sup>

Os herdeiros legítimos são divididos entre herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Os necessários são os descendentes, ascendentes e o cônjuge, já os facultativos são os colaterais.<sup>45</sup>

Impende destacar que há divergência de entendimento na doutrina sobre a possibilidade do companheiro ser considerado herdeiro necessário. Os autores Caio Mário da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Hironaka e Maria Berenice Dias alegam que o companheiro é herdeiro necessário. Em contrapartida, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali e Silvio da Salvo Venosa, entendem por não estar o companheiro incluído no rol dos herdeiros necessário.<sup>46</sup>

Por outro lado, a sucessão testamentária é aquela que decorre da vontade expressa do falecido, todavia, devendo ser feito nos termos e condições que a lei determina.<sup>47</sup>

Quanto aos sucessores que estiverem contemplados em testamento, serão chamados de herdeiros testamentários.<sup>48</sup>

Ressalta-se que no caso de existir herdeiros necessários, o falecido só poderá dispor em testamento metade da herança, em razão destes herdeiros possuírem a garantia legal da legítima, ou seja, de metade dos bens do *de cujus*. Caso não exista herdeiro necessário, o *de cujus* poderá afastar os herdeiros facultativos através de testamento.<sup>49</sup>

#### 1.4 ABERTURA DA SUCESSÃO E O PRINCÍPIO DE SAISINE

---

<sup>44</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 156.

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. *Direitos das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 130.

<sup>46</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. p. 191-192.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>48</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 156.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 114.

Conforme dispõe o artigo 6º do Código Civil, a existência de uma pessoa natural cessa com sua morte, ainda que presumida.<sup>50</sup> A partir deste fenômeno deixa a pessoa de ser titular de direitos e obrigações, o que se faz necessária à imediata inserção de um substituto em seu lugar para a devida continuidade das relações jurídicas que permaneceram.<sup>51</sup>

Para suprir essa necessidade imediata, ou seja, para o patrimônio do *de cujus* não permaneça sem dono, a abertura da sucessão de uma pessoa ocorre instantaneamente com a sua morte. Em outras palavras, a partir do momento em que alguém deixa de existir, automaticamente é aberta a sucessão.<sup>52</sup>

O artigo 1.784 do Código Civil de 2002 estabelece que a partir da abertura da sucessão, ocorre desde já a transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, este, quando houver. Ou seja, a abertura da sucessão é o momento pelo qual nasce os direitos dos herdeiros e, conseqüentemente, ocorre a substituição das relações jurídicas que possuía o *de cujus* pelos seus sucessores, em razão de seu falecimento.<sup>53</sup>

Nesse sentido, Maria Helena Diniz expõe que o cerne do direito sucessório é a morte natural, pois somente este fenômeno é que determina o momento exato da abertura da sucessão visto que não há que se falar em direitos hereditários de quem ainda não entrou em óbito, isto é, não existe transmissão de herança *inter vivos*.<sup>54</sup>

Portanto, verifica-se que o ordenamento jurídico sucessório decorre do princípio de *saisine*, que é justamente a transferência da posse e do domínio de todo o acervo hereditário do *de cujus* aos seus herdeiros imediatamente com sua morte, independente de qualquer formalidade.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

<sup>51</sup> GONÇALVES, op. cit., p.19.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. *Direitos das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 34.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

Corroborando com este entendimento, aduz Flávio Tartuce que o mencionado princípio é uma regra fundamental do direito sucessório, sendo considerado como “princípio jurídico sucessório”.<sup>56</sup>

O referido princípio surgiu com o direito Francês na Idade Média como uma resposta ao feudalismo. Em virtude dos elevados impostos cobrados para que o senhor feudal pudesse imitar à posse do bem deixado pelo servo, adotou-se a ficção da transmissão automática dos bens deixados pelo morto imediatamente com o seu falecimento.<sup>57</sup>

Ressalta-se que o herdeiro se sub-roga na posse em situação jurídica idêntica a que o *de cujus* usufruía, “ou seja, continua na posse mantendo as mesmas características do antecessor”, salvo se provar o contrário. Isto significa que se a posse do falecido era de má-fé, seu sucessor também irá adquirir a posse de má-fé. Da mesma forma, se a posse do falecido era de boa-fé e justa, seu sucessor irá adquirir a posse nas mesmas qualidades.<sup>58</sup>

A herança deixada pelo falecido será tida como bem imóvel indivisível, regido pelo princípio da indivisibilidade da herança, e apenas quando realizada a devida partilha, será desfeita a comunhão forçada, e será individualizado o quinhão de cada um. Ressalta-se que a comunhão também recai sobre encargos, obrigações, bem como direitos.<sup>59</sup>

Por este motivo, a posse transmitida pelo princípio de *saisine* diz respeito à posse indireta dos bens, isto porque o acervo hereditário do *de cujus* é transferido aos seus herdeiros sobre a forma de condomínio, para que os sucessores do patrimônio possam recorrer à proteção possessória, se for preciso.<sup>60</sup> Nesse sentido, ainda que o herdeiro tenha direito apenas a sua quota-parte, poderá sozinho, em

---

<sup>56</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2014, v. 6. p. 11.

<sup>57</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 38.

<sup>58</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

<sup>59</sup> DIAS, op. cit., p. 109.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 109.

defesa da herança, demandar contra qualquer um que ponha em risco o acervo hereditário do falecido.<sup>61</sup>

Há autores, como Arnaldo Rizzardo, Orlando Gomes e Carlos Roberto Gonçalves, que defendem ainda a existência de uma fase após a abertura da sucessão, denominada delação, como sendo o oferecimento do acervo hereditário aos sucessores.<sup>62</sup>

Orlando Gomes também entende pela existência da delação, como sendo o oferecimento da herança àqueles que possam a adquirir.<sup>63</sup> De forma mais detalhada, o autor alega ainda que a delação possui o aspecto objetivo e subjetivo. O primeiro aspecto, diz respeito “a possibilidade de aceitação da herança o momento em que passa à disposição dos herdeiros designados em testamento” e quanto ao segundo aspecto, o autor diz assemelhar-se com a ordem de vocação hereditária disposta na legislação ou estipulada no testamento.<sup>64</sup>

E ainda, Carlos Roberto Gonçalves cita que “aberta a sucessão, devolve-se a herança ou melhor, defere-se o acervo hereditário a este ou àquele herdeiro. Tal abertura é também denominada delação ou devolução sucessória e beneficia desde logo os herdeiros, como visto.”<sup>65</sup> Portanto, também não entendendo como mesmo fato a delação e a abertura da sucessão.

Por outro lado, preceitua Maria Berenice Dias que é um equívoco distinguir os dois institutos, uma vez que não há qualquer respaldo legal confirmando tal distinção. Para a autora, até quando o herdeiro ainda desconhece a morte de seu parente, em decorrência do princípio de *saisine*, a herança já incorporou ao seu patrimônio, não havendo lógica em sua distinção.<sup>66</sup>

O fato é que aberta a sucessão, é transmitida a herança a quem tiver legitimidade para herdar. Contudo, ninguém é obrigado a aceitar sua quota-parte do acervo hereditário, podendo renunciá-la.

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>62</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 35.

<sup>66</sup> DIAS, op. cit. p. 109.

A renúncia é um ato unilateral, devendo ser de maneira expressa, conforme artigo 1.806 do Código Civil, e após renunciada a herança, nenhum efeito é criado àquele que renunciou e dentro do direito sucessório e ele será considerado como inexistente.<sup>67</sup> Ressalta-se que o interessado não pode renunciar apenas uma parte do que futuramente lhe pertenceria, somente podendo renunciar o todo e seus efeitos serão *ex tunc*, visto que retroage desde a data da abertura da sucessão. Todavia, caso o herdeiro manifeste qualquer ato que pressuponha a sua aceitação, não será permitido que posteriormente ele renuncie a sua parte da herança.<sup>68</sup>

Logo, a existência de herdeiros no momento da morte, sejam legítimos ou testamentários, e também a existência de patrimônio do falecido, são pressupostos para a abertura da sucessão.<sup>69</sup> Necessário também ressaltar a importância do conhecimento do exato momento da morte do autor da herança. Isto, pois, em casos onde há um lapso temporal ínfimo entre o falecimento de duas ou mais pessoas da mesma família, herdeiros entre si, pode ocorrer à chamada comoriência.<sup>70</sup> Conforme explicitado no artigo 8º do Código Civil, tal fenômeno é caracterizado quando há morte de duas ou mais pessoas na mesma ocasião, não sabendo, portanto, quem faleceu primeiro.

No âmbito sucessório, há bastante repercussão acerca do exato momento da morte, sendo primordial essa informação se houver vínculo sucessório entre os comorientes. O problema surge com o princípio de *saisine*, no qual ocorrendo a morte, automaticamente é transmitido o patrimônio do falecido aos seus herdeiros. Sendo assim, se algum herdeiro sobreviver um minuto sequer após o autor da herança, já será suficiente para ter adquirido sua quota-parte no acervo hereditário do *de cujus*, que posteriormente será transmitida aos seus sucessores.<sup>71</sup>

Já se não houver meios para apurar a premoriência, ou seja, quem faleceu primeiro, será atribuído no direito sucessório os efeitos da comoriência, sendo presumida a morte simultânea de ambos, assim, seu efeito será a não

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 100-101.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>70</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

<sup>71</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

interferência na herança um do outro, serão considerados como inexistentes entre si.<sup>72</sup> E ainda, pode haver comoriência mesmo se a morte não tiver sido em um mesmo local, bastando que o fato ocorra em um mesmo momento.<sup>73</sup> Exemplifica Francisco Cahali:

“Em um acidente de trânsito, falece o casal sem deixar descendentes ou ascendentes. Constatada a morte primeiro do marido, a esposa será a herdeira por um rápido instante, e o patrimônio será destinado aos sucessores dela. Se considerados comorientes, a sucessão de cada um será promovida como se o outro não existisse, ou seja, o patrimônio do marido será destinado aos seus outros sucessores, não à esposa, assim também ocorrendo em relação à herança deixada pela mulher.”<sup>74</sup>

No direito Francês e Romano, ambos chegam até a utilizar-se de critérios arbitrários para presumir o que de fato aconteceu. Acreditam que a mulher morre antes que o homem, que uma pessoa mais velha falece antes de uma mais nova, etc.<sup>75</sup> Contudo, a solução adotada no Brasil demonstra ser a melhor, tal como declarar a comoriência em virtude de inexistir meios para apurar devidamente o exato momento da morte.<sup>76</sup> Há de se esclarecer que a comoriência é uma presunção relativa, *iuris tantum*, podendo a qualquer momento ser afastada caso haja prova ao contrário.<sup>77</sup>

## 1.5 A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Primeiramente, antes de verificar a legitimação sucessória, é necessário identificar aqueles que possuem a condição de herdeiro. Sendo assim, na sucessão legítima terão condição de herdeiros os sucessores conforme a ordem de vocação hereditária. Já na sucessão testamentária, quando houver, serão àqueles contemplados em decorrência da manifestação expressa do *de cujus*.<sup>78</sup>

Ainda que aquele indivíduo possua condição de herdeiro, ele também será subordinado à legitimação sucessória, que é pressuposto imprescindível para a

<sup>72</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>73</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2014, v. 6. p. 20.

<sup>74</sup> CAHALI, ob. cit., p. 40-41.

<sup>75</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 36.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>77</sup> TARTUCE, ob.cit. p. 20.

<sup>78</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

aquisição da herança. Terá legitimação àquele que, além de ter condição de herdeiro, possuir aptidão para adquirir a titularidade dos direitos herdados.<sup>79</sup>

No direito sucessório, a legitimidade é regra e a ilegitimidade é exceção. A princípio todos serão legítimos, somente sendo ilegítimos aqueles que a lei afasta.<sup>80</sup> Contata-se a legitimidade imediatamente com a abertura da sucessão. Dessa forma, por exemplo, pode o herdeiro não ser legitimado na data em que o falecido elaborou o testamento o beneficiando, mas ser legítimo no momento da abertura da sucessão, que é o que importa para configurar sua aptidão para receber a herança.<sup>81</sup>

E ainda, a lei vigente à época do óbito é que irá reger toda a sucessão, e que, inclusive, irá dispor e disciplinar as normas atinentes acerca da legitimidade.<sup>82</sup> Caso haja modificação da lei depois de já ocorrido o óbito, não afetará a legitimação dos herdeiros. Já, por outro lado, a alteração após elaboração do testamento, irá incidir no momento em que abrir a sucessão.<sup>83</sup>

O atual Código Civil em seu artigo 1.798 aduz que são legitimadas as pessoas nascidas e concebidas no exato momento da abertura da sucessão. Esta é a regra.

O primeiro requisito para considerar o herdeiro legitimado é ser pessoa nascida, uma vez que só se fala em transmissão de herança a quem é vivo. Aqui surge o princípio da coexistência, que impossibilita a transmissão de herança àquele que não mais sobrevive, ou seja, ao nada. Nos casos em que o sucessor do falecido for pré-morto, a herança será deferida aos outros sucessores da mesma classe ou da classe imediata, dependendo do caso concreto.<sup>84</sup>

Em contrapartida, como exceção ao primeiro requisito, o legislador preocupou-se em resguardar a quota-parte do nascituro, ou seja, o ser já concebido, desde que venha a nascer com vida. Verifica-se que, conforme o artigo 2º do Código

---

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 68.

<sup>81</sup> CAHALI, op. Cit., p. 100.

<sup>82</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 60.

<sup>83</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. ob. cit., p. 100.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 70



Civil o nascituro somente será detentor de personalidade jurídica quando do seu nascimento com vida, ou seja, antes disto, biologicamente ele existe, mas na esfera jurídica não. No âmbito sucessório, ainda que não possua personalidade jurídica, são chamados a suceder se nascerem com vida. Todavia, caso não ocorra, ele será considerado inexistente e o seu quinhão será devolvido ao acervo hereditário.<sup>85</sup>

Nesse sentido, conforme ensinamentos de Silvio Rodrigues citado por Carlos Roberto Gonçalves, nascituro:

“é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.<sup>86</sup>

Portanto, os direitos do nascituro são resguardados sob condição suspensiva, podendo ainda sua genitora requerer em juízo a sua nomeação como curadora para preservá-los.<sup>87</sup>

Acerca da legitimidade, surge um grande problema ao abordar a sucessão dos filhos concebidos por procriação assistida após a abertura da sucessão. O legislador apenas trouxe a possibilidade de presunção de paternidade nos casos de fecundação homóloga a partir de embriões excedentários, conforme disposto no artigo 1.597, incisos III a V do Código Civil. Especificamente sobre direitos sucessórios no âmbito da sucessão legítima, não existe qualquer regulamentação que trate o tema.<sup>88</sup>

Por outro lado, existem exceções ao referido artigo no que tange as pessoas já nascidas, isto é, hipóteses em que ainda que aquele sujeito seja vivo e tenha condição de herdeiro, ele será excluído da sucessão. Esse afastamento poderá decorrer por duas hipóteses, são elas: a incapacidade e a deserdação.

A indignidade é uma pena cível que irá impedir que o herdeiro, mesmo sendo capaz, receba sua quota-parte da herança. Isso se dá em virtude de, em

---

<sup>85</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 102.

<sup>86</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 69.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>88</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. ob. cit , p. 104.

algum momento anterior, ter tido alguma conduta reprovável ou delituosa contra o *de cujus* ou sua família.<sup>89</sup>

Conforme ensinamentos de Francisco Cahali, consiste a indignidade “na perda da herança, pela conduta ofensiva à pessoa ou honra do *de cujus*, ou atentatória contra sua liberdade de testar”.<sup>90</sup>

Ressalta-se que o legislador procurou, no âmbito de todo o direito sucessório, presumir a vontade do falecido. A indignidade se revela em uma total ingratidão do sucessor com o autor da herança e por isso foi imposta a exclusão do indigno na sucessão.<sup>91</sup> Portanto, verifica-se que a indignidade possui seu fundamento na ética.

Tais condutas são expressamente elencadas em lei. O Código Civil de 2002 trouxe um capítulo exclusivo para tratar acerca da exclusão. Dessa forma, o primeiro artigo dispõe que:

“CAPÍTULO V

Dos Excluídos da Sucessão

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

Resumidamente, será excluído aquele herdeiro que atentar contra a honra, a vida ou a liberdade do falecido ou de sua família.<sup>92</sup>

A indignidade será declarada por meio de sentença judicial, que poderá ser proposta por qualquer terceiro interessado, no prazo decadencial de quatro anos contados a partir da abertura da sucessão. Isso significa que, se inexistir ação

---

<sup>89</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 66.

judicial contra o indigno no prazo estipulado, ele será contemplado com sua quota-parte da herança, como se não tivesse praticado àquele ato.<sup>93</sup>

Depois de declarada por meio de sentença judicial transitada em julgado, o indigno, dentro da sucessão, será considerado como pré-morto ao falecido. Dessa forma, verifica-se possível que seus sucessores herdem por meio de direito de representação, em virtude de a indignidade ser considerada pena pessoal.

Quanto aos efeitos, em regra, serão *ex tunc*, isto é, vão retroagir desde a data da abertura da sucessão. Todavia não poderá ser prejudicado o terceiro de boa-fé, neste caso, como exceção, a sentença terá efeito *ex nunc*.<sup>94</sup>

É possível que o ofendido deixe através de testamento, instrumento particular ou escritura pública, a sua manifestação de perdão àquele que lhe ofendeu. Caso deixe, o indigno será reabilitado na herança. Tal possibilidade encontra-se no artigo 1.818 do Código Civil.<sup>95</sup>

E, ainda, o parágrafo único do citado artigo, traz a possibilidade de haver reabilitação tácita, quando o falecido deixar testamento contemplando-o em data em que já era conhecido o motivo que o levaria a indignidade.<sup>96</sup>

A segunda causa de exclusão da sucessão é a deserdação. Esse instituto também diz respeito à penalização do herdeiro e, conseqüentemente, a sua perda do direito de herdar em virtude de um mau comportamento em face ao autor da herança.

Ainda que a indignidade e a deserdação tenham a mesma finalidade, qual seja, excluir algum herdeiro da sucessão, os dois institutos não se confundem.

Se por um lado a indignidade poderá alcançar os herdeiros legítimos, legatários e testamentários, a deserdação irá atingir somente os herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 299.

<sup>94</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 73.

<sup>95</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

<sup>96</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 75.

Ademais, na indignidade o terceiro interessado na sucessão é quem vai pleitear judicialmente a exclusão do indigno, já na deserdação somente o autor da herança poderá expor sua vontade em deserdar algum herdeiro, com os motivos devidamente comprovados, e apenas por meio de testamento,<sup>98</sup> se este for nulo, a deserdação contida nele também será nula.

A desconstituição da deserdação contida em testamento só poderá ser feita mediante revogação testamentária. Caso o autor da herança reconcilie com o deserdado, mas não faça a referida revogação, a deserdação continuará tendo eficácia.<sup>99</sup>

E ainda, todos os motivos que ocasionam a indignidade, elencados no artigo 1.814 do Código Civil, também são válidos para a deserdação, todavia o oposto não acontece. A deserdação pode ainda ter fundamento em outros motivos, dispostos no artigo 1.962 e 1.963 do Código Civil, sendo assim, nem todas as causas da deserdação serão válidos para a indignidade.<sup>100</sup>

Por fim, a indignidade pode ocorrer em virtude de fato anterior ou não à morte do *de cuius*, já a deserdação necessariamente decorre de ato anterior à morte do autor da herança, tendo em vista que o ofendido precisa deixar testamento deserdando o seu sucessor, só sendo possível fazer enquanto vivo.<sup>101</sup>

Os efeitos atribuídos à deserdação serão os mesmos da indignidade, isto é, dentro da sucessão o deserdado será considerado como se fosse morto e em razão da pena possuir caráter pessoal, os seus sucessores poderão o substituir através do direito de representação, retroagindo desde a data da abertura da sucessão.

## 1.6 O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

---

<sup>97</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 297.

<sup>98</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 230.

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice. ob. cit. p. 300.

<sup>101</sup> Ibidem.

Conforme já mencionado, o artigo 1.798 do Código Civil traz a legitimidade passiva do Direito Sucessório. Dessa forma, a legislação dispõe que somente serão legitimados a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão.<sup>102</sup>

Trata-se, em verdade, do princípio da coexistência, no qual o sucessor, seja legítimo ou testamentário, tem que coexistir quando da morte do falecido, ou seja, devem sobreviver ao morto.<sup>103</sup>

O princípio da coexistência justifica-se, pois, com o princípio de *saísine*, cujos bens serão transmitidos aqueles que possam herdar imediatamente com a morte, todavia a herança não se pode transmitir ao nada, por isso, a necessidade da coexistência. Logo, se o herdeiro já é falecido, o acervo hereditário passará aos outros herdeiros da sua classe e assim sucessivamente.<sup>104</sup>

Nesse sentido, Carlos Maximiliano aduz que “herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário”.<sup>105</sup>

Ocorre que, o princípio da coexistência possui exceção, isto significa que ele não é absoluto, uma vez que a própria legislação traz a possibilidade do testador contemplar a prole eventual.<sup>106</sup>

Tal benefício possui previsão no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, dispondo que: “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”

---

<sup>102</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 68.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1. p. 130.

<sup>106</sup> MIRANDA, Pontes de. *Direito das Sucessões, Sucessão Testamentária: testamento em geral*. atual. por Giselda Hironaka e Paulo Lobo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, LX, p. 59.

Neste caso, a intenção do legislador foi beneficiar a prole de uma terceira pessoa, que ainda sequer foi concebida. Trata-se de uma exceção ao artigo 1.798, do Código Civil que dispõe que somente as pessoas já nascidas ou concebidas à época do falecimento se legitimam a suceder.<sup>107</sup>

Ressalta-se, portanto, que a prole eventual é uma previsão “incerta e condicional”, uma vez que só será deferida a sucessão se a prole vier a nascer com vida.<sup>108</sup>

Entretanto, o princípio da coexistência é a regra, que deverá ser aplicado nas duas espécies de sucessão, legítima e testamentária.<sup>109</sup>

## 1.7 A SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima, também chama de *ab intestato*, é a que decorre unicamente da lei, sendo deferida conforme a ordem de vocação hereditária e, também, nos casos em que o falecido não deixar testamento, se este for declarado nulo ou caduco e quando não forem compreendidos os bens testados.<sup>110</sup>

São chamados de herdeiros legítimos aqueles que a lei indicar para suceder através da sucessão legítima. E ainda, pode-se dividir os herdeiros legítimos em necessários e facultativos. Os herdeiros necessários são os sucessores obrigatórios que, caso existam, farão jus necessariamente a metade do acervo hereditário. Essa quota-parte que lhe são assegurada é denominada legítima. Logo, percebe-se que se sobreviver algum herdeiro necessário, o falecido poderá deixar em testamento apenas a outra metade disponível, resguardada a legítima.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 347.

<sup>108</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.

<sup>109</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 70.

<sup>110</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. ob. cit, p. 45.

<sup>111</sup> GONÇALVES, ob. cit., p. 156.

São os herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge ou companheiro.<sup>112</sup>

Por outro lado, existem também dentro dos herdeiros legítimos, os herdeiros facultativos, que são aqueles que só herdam na falta de herdeiros necessários.<sup>113</sup> Ademais, caso o falecido queira, poderá afastá-los da sucessão através de manifestação expressa em testamento. São eles os colaterais.<sup>114</sup>

### 1.7.1 A Ordem de Vocação Hereditária

Com a abertura da sucessão, no âmbito da sucessão legítima, serão chamados a suceder os herdeiros do *de cujus*, respeitando uma ordem preferencial, denominada ordem de vocação hereditária. Ressalta-se que a referida ordem é realizada por classes. Só é chamada a classe posterior, se na anterior não existir mais nenhum herdeiro, ainda que seja apenas um, por exemplo, se na classe dos descendentes houver apenas um bisneto, não será chamada a classe dos ascendentes.<sup>115</sup>

Dentro das classes existem os graus, onde os herdeiros com graus mais próximos excluem os herdeiros com graus mais distantes, por exemplo, os filhos preferem aos netos, os netos preferem aos bisnetos.<sup>116</sup>

Todavia, caso dentro da mesma classe chamada a herdar com mesmo grau, exista um herdeiro pré-morto dentre os demais, os sucessores do herdeiro já falecido herdarão em seu lugar através do direito de representação, isso significa que não vão herdar por direito próprio, visto que estarão representando o pré-morto. Dessa forma os sucessores do pré-morto vão dividir apenas uma quota-parte que seria destinada a ele. Nessa hipótese herda-se por direito de representação e recebe por estirpe.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 130.

<sup>113</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 157.

<sup>114</sup> DIAS, ob. cit, p. 130.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>116</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 128.

<sup>117</sup> DIAS, ob. cit, p. 139.

Por outro lado, os demais herdeiros que estiverem na mesma classe e no mesmo grau, vão receber cada um a mesma quota-parte do acervo hereditário, herdando por direito próprio e recebendo por cabeça. Conforme leciona o artigo 1.834 do Código Civil, os descendentes de mesma classe, e grau, sempre possuem os mesmos direitos dentro da sucessão.<sup>118</sup>

Posto isso, conforme determina o artigo 1.829 do Código Civil, a ordem será:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;  
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;  
III - ao cônjuge sobrevivente;  
IV - aos colaterais.”

A primeira classe da vocação hereditária é a dos descendentes. O legislador se baseou em dois fundamentos para escolher a classe dos descendentes como sendo a primeiro no rol da vocação hereditária. O primeiro trata da continuidade da vida humana e o segundo a presunção de vontade do falecido.<sup>119</sup>

A primeira classe não possui limitação de grau, primeiro são chamados os filhos do *de cujus*, hoje em dia não mais havendo distinções entre homens e mulheres, visto que a igualdade entre filhos hoje possui respaldo no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.596 do atual Código Civil. Na falta deles, chamam-se os netos, não havendo são chamados os bisnetos.<sup>120</sup>

Por conseguinte, inexistindo descendentes, serão chamados os ascendentes, com base no artigo 1.836 do Código Civil, em concorrência com o cônjuge, que herdará independentemente do regime de bens adotado. A classe dos ascendentes também se opera *ad infinitum* do *de cujus* (CC, art. 1.829), “ou seja,

<sup>118</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 128.

<sup>119</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 56.

<sup>120</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 162.



seus pais, avós, bisavós, etc., também, pois, sem limitação jurídica à distância de geração.”<sup>121</sup>

Aqueles que estiverem em grau mais próximo, excluem os que estão em grau mais distante. Ressalta-se que não há que se falar em direito de representação na ascendência, uma vez que só será possível existir a representação ao tratar de descendentes. Essa determinação encontra respaldo no artigo 1.852 do Código Civil.

O legislador estabeleceu no artigo 1.837 do Código Civil as proporções que serão devidas aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente. Se forem chamados os dois ascendentes em primeiro grau, a herança será de metade para o ascendente em linha paterna e a outra metade para o ascendente em linha materna. Se houver cônjuge sobrevivente, um terço para o ascendente na linha paterna, um terço para o ascendente em linha materna e um terço ao cônjuge.<sup>122</sup>

Caso haja apenas um ascendente em primeiro grau, lhe será devolvida toda a herança deixada pelo *de cujus*. Caso haja cônjuge supérstite, metade do acervo hereditário será devolvida ao ascendente e a outra metade ao cônjuge.<sup>123</sup>

Havendo ascendentes em outro grau, será garantido ao cônjuge metade da herança e a outra metade será dividida entre o(s) ascendente(s) chamado(s), na mesma proporção, que herdarão por linha.<sup>124</sup>

Caso o autor da herança não tenha deixado nem descendentes nem ascendentes, todo o acervo hereditário será devolvido ao cônjuge supérstite, que vem em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.<sup>125</sup>

Cabe ressaltar que anteriormente o cônjuge vinha em quarto lugar, apenas depois dos colaterais. Contudo, o atual Código Civil lhe conferiu grande

---

<sup>121</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 148.

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 180.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>125</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 180.

importância no âmbito sucessório. Além de ser incluído no rol dos herdeiros necessários, ao cônjuge foi garantido o direito real de habitação.<sup>126</sup>

Para que seja válida a devolução do acervo hereditário ao cônjuge é necessário que ao tempo da morte, ambos não estivessem separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo a última hipótese quando ocorrida a separação de fato, a culpa não seja do cônjuge supérstite,<sup>127</sup> isto é, se a convivência tornou-se impossível por culpa exclusiva do falecido.<sup>128</sup>

Para que o cônjuge seja excluído da sucessão, é necessário que os herdeiros ingressem com ação judicial comprovando a separação de fato por período superior ao prazo de dois anos.<sup>129</sup>

Será também chamado à herança, conforme, artigo 1.561 do Código Civil, o cônjuge sobrevivente que tenha contraído matrimônio de boa-fé, todavia teve seu casamento anulado ou declarado nulo, através de sentença transitada em julgado, após a abertura da sucessão.<sup>130</sup>

E ainda, é conferido ao cônjuge o direito real de habitação, em qualquer que seja o regime de bens adotado, conforma preceitua o artigo 1.831 do Código Civil. Isto significa que é assegurado ao cônjuge o direito de permanecer no imóvel em que residia, quando este for o único imóvel domiciliar a inventariar, sem que haja qualquer prejuízo na sua parte da herança. Se o autor da herança tiver deixado outros imóveis destinados à moradia, não há que se falar no referido direito.<sup>131</sup>

Somente acaba o direito real de habitação quando o cônjuge supérstite falecer. Portanto, entende-se que o será mantido ainda se o beneficiado constituir novo casamento ou permanecer em união estável. Em outras palavras, aduz Francisco Cahali em sua obra que:

“a habitação deferida em favor do viúvo é um direito personalíssimo e resolúvel, extinguindo-se com a morte do titular. Impede a fruição ampla, assim estendida a possibilidade de alugar, ceder em comodato, etc., mas

---

<sup>126</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 65.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 65-66.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>130</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 12.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 185.

apenas compreende o direito de continuar utilizando diretamente a residência, sem qualquer ônus perante os titulares do domínio.”<sup>132</sup>

Ressalta-se que o posicionamento de Francisco Cahali é o majoritário, contudo há quem defenda que, contraindo novo matrimônio ou união estável, deveria o cônjuge sobrevivente perder o direito real de habitação, é o caso da doutrinadora Maria Helena Diniz. Justifica a autora que além de os herdeiros ficarem em prejuízo com tal direito, ainda teriam que suportar o novo cônjuge ou companheiro do ocupante.<sup>133</sup>

Não havendo descendentes, ascendentes e nem cônjuge, será convocada a quarta classe na ordem de vocação hereditária, são chamados os colaterais até o quarto grau. Ressalta-se que não há nenhuma relevância jurídica os colaterais que ultrapassem o quarto grau.

Importante destacar que estes não são herdeiros necessários, e sim legítimos<sup>134</sup>, isto é, podem ser excluídos da sucessão a qualquer tempo pelo autor da herança,<sup>135</sup> através de testamento, sem necessidade de justificar tal ato.

Dessa forma, “são herdeiros os irmãos (colaterais de segundo grau); os tios e sobrinhos (colaterais de terceiro grau); os primos, os tios-avôs e os sobrinhos-netos (colaterais de quarto grau).”<sup>136</sup>

Nessa classe, também o grau mais próximo exclui os graus mais remotos, todavia, o sobrinho tem preferência perante o tio do *de cujus*. E ainda, em regra, não há direito de representação na sucessão entre colaterais, a única exceção está prevista no artigo 1.853 do Código Civil, que garante direito de representação ao sobrinho que for filho de irmão pré-morto, quando concorrerem com outros irmãos.

Outro aspecto importante na sucessão dos colaterais é que quando o falecido tiver deixando irmãos bilaterais, mesmo pai e mesma mãe, e irmãos unilaterais, mesmo pai ou mesma mãe, estes vão receber a metade da quota-parte

<sup>132</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

<sup>133</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 162.

<sup>134</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

<sup>135</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2014, v. 6. p. 241.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 242.

que os irmãos bilaterais.<sup>137</sup> Da mesma forma, aplicar-se-á referida regra ao tratar dos filhos dos irmãos do autor da herança.

Há grande divergência na doutrina acerca da inconstitucionalidade da citada regra, elencada nos artigos 1.841 e 1.843, § 2º, do Código Civil respectivamente. O autor Flávio Tartuce entende que a previsão não fere o princípio da igualdade entre os filhos, prevista na Constituição Federal, por não tratar de filhos e sim de irmãos e filhos dos irmãos.<sup>138</sup> Por outro lado, Maria Berenice Dias entende pela inconstitucionalidade alegando ainda que esse entendimento do legislador remete a uma forma arcaica de descriminalização.<sup>139</sup> Também entende dessa forma o doutrinador Paulo Lôbo, que alega que “a vedação da discriminação entre filhos repercute necessariamente nos irmãos, pois a qualidade de irmãos decorre do fato de essa relação de parentesco decorrer do estado de filiação.”<sup>140</sup>

Em que pese o legislador ter deixado de incluir o companheiro na ordem de vocação hereditária,<sup>141</sup> com o advento do atual Código Civil o companheiro passou a ter direito a concorrer ao acervo hereditário, ainda que o *de cujus* tenha deixado descendentes ou ascendentes.<sup>142</sup>

Todavia, nos moldes do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro somente entrará na sucessão quanto aos bens que tiverem sido adquiridos onerosamente durante a constância da união estável. Os demais bens, tais como doações, bens recebidos gratuitamente ou aqueles recebidos por sucessão, não entrarão na concorrência do cônjuge supérstite.<sup>143</sup>

Ademais, por ter o legislador permanecido omissos quanto ao reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro, o Enunciado nº 117 do Conselho da Justiça Federal entendeu que o referido direito também ao

---

<sup>137</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2014, v. 6. p. 245.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 247.

<sup>139</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

<sup>140</sup> LOBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*, p. 124.

<sup>141</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Método, 2014, v. 6. p. 256.

<sup>142</sup> DIAS, op. cit. p. 183.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 257-258.

companheiro, por analogia ao artigo 1.831 do Código Civil, que prevê o direito real de habitação ao cônjuge.<sup>144</sup>

Por fim, na falta de qualquer herdeiro sucessível, ou tendo ele renunciado, ou não existindo testamento válido, o acervo hereditário será recolhido pelo Estado, conforme determina o artigo 1.844 do Código Civil.

Importante mencionar que o Estado não é herdeiro, visto que ele não adquire a herança através do princípio da  *saisine* , nem investe na posse dos bens no momento da abertura da sucessão, ele apenas recolhe o bem do  *de cujus*  ante a falta de sucessor. Trata-se de um recolhimento obrigatório, não é necessária a aceitação da herança, o Estado não pode repudiá-la ou renunciá-la.<sup>145</sup>

Sendo assim, até que o Estado receba a herança, é necessário aguardar alguns tramites. Primeiro, diante da falta de herdeiros conhecidos ou se conhecidos, tiverem renunciado, a herança será tida como jacente, isto é, sem dono. Se permanecer nessa situação, será publicado edital convocatório aos sucessores e se após um ano da primeira publicação ninguém se habilitar, será declarada como vacante, com base no artigo 1.820 do Código Civil.

Posteriormente, o Estado deve aguardar o prazo de cinco anos contados da abertura da sucessão para ingresse no domínio dos bens. Esse prazo é concedido em razão da possibilidade de surgir algum herdeiro, que poderá reclamar a herança judicialmente.<sup>146</sup> Por fim, caso a sucessão não obedeça a ordem de vocação hereditária, ela será considerada irregular ou anômala.<sup>147</sup>

### *1.7.2 Concorrência do cônjuge e companheiro no âmbito da sucessão legítima*

Inicialmente, importante observar que o artigo 1.830 do atual Código Civil dispõe que o cônjuge sobrevivente somente será chamado a herdar caso não esteja

---

<sup>144</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 189.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 203-204.

<sup>146</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 189.

<sup>147</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 160.

separado judicialmente ou separados de fato por um período superior a dois anos, salvo se a separação tiver sido ocasionada sem culpa do sobrevivente.<sup>148</sup>

Na primeira classe, a dos descendentes, haverá concorrência com o cônjuge, contudo, há exceções. Não haverá concorrência do cônjuge se o regime de casamento tiver sido a comunhão universal de bens, pois neste caso o cônjuge terá direito a meação e, por este motivo, já estará protegido por receber a metade da totalidade do acervo hereditário.<sup>149</sup>

A segunda exceção é se o regime de casamento for o da separação total de bens. Entende-se que aqui os bens não se comunicam durante a constância do casamento e, em virtude disto, também não será permitida a comunicação em virtude do falecimento de um deles.<sup>150</sup> Conforme entendimento de Caio Mário, “como a própria lei impõe o regime da separação, não faria sentido permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial.”<sup>151</sup>

A última exceção são os casos em que o regime adotado é o regime da comunhão parcial de bens e o autor da herança não tiver deixado bens particulares, visto que também será concedido ao cônjuge sobrevivente a proteção necessária através da meação dos bens que foram adquiridos durante a constância do casamento.<sup>152</sup>

Ressalta-se que na jurisprudência há o entendimento de que, ainda que o falecido tiver deixado bens particulares, não cabe falar em concorrência. Justifica-se o alegado pelo fato de que, no regime de comunhão parcial de bens, escolhido pelas partes, os bens particulares não são partilhados no divórcio. Nesse sentido, também

---

<sup>148</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 173.

<sup>149</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.. p. 152.

<sup>150</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 169.

<sup>151</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.. p. 132.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 172.

não é cabível a comunicação após a morte. É o caso do REsp 1377084/MG, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 08/10/2013.<sup>153</sup> Veja-se ementa:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.

3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.

4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.

5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.

6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.”<sup>154</sup>

Já na classe dos ascendentes, concorrerá o cônjuge sobrevivente independentemente do regime bens adotado no casamento. Ao concorrer com o pai e a mãe do falecido, ascendentes em primeiro grau, será assegurado ao cônjuge um terço do acervo hereditário. Caso concorra com apenas um deles, ou o pai ou a mãe, terá garantido metade da herança. Quanto aos ascendentes mais distantes,

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1.377.084/MG, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=comunhao+parcial+bens+particulares+sucessao&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>154</sup> Ibidem.

por exemplo, os avós ascendentes chamados a herdar,<sup>155</sup> será assegurada ao cônjuge metade da herança e a outra metade será dividida entre os avós.

Já em relação aos companheiros, a primeira grande inovação veio com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, nos seguintes termos: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Isto é, as relações que eram conhecidas antigamente como concubinárias passaram a ser denominadas como união estável. Logo após, o Código Civil de 2002 dispôs de um capítulo para tratar da união estável, são cinco os artigos, do 1.723 ao 1.727.

No âmbito do CC/02, cabe mencionar que, quanto à meação, será aplicada a mesma regra do regime de comunhão parcial de bens, conforme artigo 1.725 do Código Civil. Assim, terá direito o companheiro à meação do patrimônio que foi adquirido onerosamente durante a vigência da união estável, salvo aqueles que forem objeto de doação e sucessão.<sup>156</sup> Superada a questão da meação, passa-se a analisar a concorrência do companheiro com os demais herdeiros.

Com o advento do atual Código Civil, o companheiro passou a ter direito a concorrer ao acervo hereditário, ainda que o *de cujus* tenha deixado descendentes ou ascendentes.<sup>157</sup> Contudo, deixou o legislador de incluir o companheiro no rol da vocação hereditária.<sup>158</sup> Assim, a concorrência se dará nos moldes do artigo 1.790, do Código Civil, veja-se:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

<sup>155</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

<sup>156</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 190.

<sup>157</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 183.

<sup>158</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. – prefácio Zeno Veloso. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, v.6. p. 256.



Ou seja, somente há que se falar em direitos sucessórios ao companheiro, quando os bens forem adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, inclui-se nessa previsão, por exemplo, os bens adquiridos por meio do trabalho. Por outro lado, excluem-se as doações recebidas apenas por um companheiro, da mesma forma os bens recebidos gratuitamente e aqueles recebidos por sucessão,<sup>159</sup> por não terem sido adquiridos a título oneroso.

Verifica-se que, ainda que estejam em situações semelhantes, o cônjuge e o companheiro, no âmbito do direito sucessório, possui uma enorme diferença de direitos. Para Giselda Maria<sup>160</sup> há clara inconstitucionalidade no citado artigo, sendo visível a discriminação feita pelo legislador ao restringir o direito do companheiro em herdar apenas sobre aquilo que foi adquirido onerosamente no decorrer da união estável.<sup>161</sup> Este é um polêmico problema no que tange aos direitos sucessórios dos companheiros.

Outro problema a ser enfrentado, diz respeito aos incisos I e II do artigo 1.790, uma vez que o primeiro garante uma cota ao companheiro se ele concorrer com filhos comuns. Já o segundo, traz que o companheiro que concorrer com filhos somente do falecido, terá direito a metade da cota que couber a eles.<sup>162</sup> Assim, se o *de cujus* tiver deixado filhos comuns e exclusivos, ou seja, filiação híbrida, não haverá parâmetros para o cálculo da cota destinada ao companheiro sobrevivente.<sup>163</sup>

Para Carlos Roberto Gonçalves, a melhor solução ao problema é afastar as regras dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil, e dividir igualmente a cota-parte entre os descendentes e o companheiro.<sup>164</sup>

Ainda sobre a concorrência do companheiro com os descendentes, importante mencionar entendimento da autora Maria Berenice Dias, que preceitua que:

---

<sup>159</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. – prefácio Zeno Veloso. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, v.6. p. 257-258.

<sup>160</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 420.

<sup>161</sup> TARUCE, op. cit. p. 259.

<sup>162</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 196.

<sup>163</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

<sup>164</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 197.

“Na união estável, o direito concorrencial com os descendentes existe sempre. No casamento, não. Depende do regime de bens. Pelo jeito, esqueceu-se o legislador de que na união estável é possível a eleição do regime de bens por meio de contrato de convivência. Ainda assim, a escolha do regime de bens não afeta o direito dos descendentes.”<sup>165</sup>

Já quanto à concorrência estipulada no inciso III do artigo 1.790 do Código Civil será assegurada ao companheiro a cota de um terço quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Presume-se aqui, os ascendentes e os colaterais que estejam até o quarto grau. Mais uma vez o legislador, ao estipular a concorrência com os colaterais até quarto grau, colocou o companheiro em uma situação inferior ao cônjuge, visto que o este concorre apenas com descendentes e ascendentes. E ainda, por muitas vezes um parente colateral de quarto grau não é nem conhecido.<sup>166</sup>

Para Flávio Tartuce, a inconstitucionalidade do artigo acaba sendo reforçada, entende o autor que deve ser ampliado os graus dos parentes colaterais, mas com o único intuito de afastar o Estado, mas nunca prejudicar o companheiro.<sup>167</sup>

Maria Berenice Dias alega que o fato do legislador não ter inserido o companheiro na ordem de vocação hereditária, gera uma distinção de direitos entre cônjuges e companheiros injustificável. Ademais a autora salienta que “ainda bem que a doutrina vem fazendo outra leitura deste dispositivo legal, e considerando o companheiro como herdeiro necessário”.<sup>168</sup>

Já Giselda Hironaka e Francisco José Cahali, entendem que, em que pese o artigo ser impróprio por realizar sérias distinções entre os companheiros e cônjuges, não há que se falar em inconstitucionalidade e, ainda:

“A lei ordinária não deveria, mas pode dar tratamento diferenciado à união estável em comparação ao casamento no que se refere as questões patrimoniais. Aliás, se o Código faz previsões diversas no direito sucessório do próprio cônjuge, de acordo com o seu regime de bens, ou de acordo com a circunstâncias de ser ou não ascendente dos herdeiros com que

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

<sup>166</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. – prefácio Zeno Veloso. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, v.6. p. 261.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 262.

<sup>168</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

concorrer, porque não poderá distinguir o companheiro do casado no direito à herança (não excluir, mas tratar de forma diversa).<sup>169</sup>

No tocante a jurisprudência, no Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a repercussão geral acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, através do RE 878.694/MG.<sup>170</sup> Verifica-se ementa:

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.”<sup>171</sup>

Vale mencionar que, atualmente, o RE 878.694/MG encontra-se concluso ao Ministro Relator Roberto Barroso.<sup>172</sup>

Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgamento do Agravo Regimental 2015.00.2.0284937-1, decidiu pela constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, veja-se ementa:<sup>173</sup>

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. COMPANHEIRO. ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. I - Os artigos 527, I, e 557, do Código de Processo Civil autorizam o Relator a negar seguimento liminar quando o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em contradição com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior. II – O Órgão Especial deste Egrégio Tribunal já se posicionou no sentido de que é constitucional o tratamento diferenciado conferido pelo art. 1.790 do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. III – Negou-se provimento ao recurso.”<sup>174</sup>

<sup>169</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 878694/MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe 19/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>171</sup> Ibidem.

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 20150020284937, Relator: José Divino de Oliveira, Data de Julgamento: 16/12/2015, Data de Publicação: DJe 21/01/2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>174</sup> Ibidem.

Assim, em decisão unânime, defenderam os Desembargadores José Divino, Vera Andrighi e Hector Valverde que o Órgão Especial do TJDFT já entendeu pela constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil. Sendo assim, nos demais casos idênticos deverá ser aplicado o mesmo entendimento.<sup>175</sup>

Sustentaram ainda os Desembargadores que, em que pese a questão estar pendente de julgamento no STF através do RE 878694/MG, não foi determinado o sobrestamento das demais demandas que versam sobre a constitucionalidade ou não do artigo 1.790, do Código Civil.<sup>176</sup>

Portanto, até que seja dado julgamento definitivo ao Recurso Extraordinário 878694/MG, a questão continuará a mercê de grandes controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Na última hipótese, inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil, não havendo descendentes, ascendentes ou colaterais, ao companheiro será devolvido à totalidade do acervo hereditário. Outra questão contraditória surge no mencionado inciso, é claro que ele deveria acompanhar a redação contida no *caput*, todavia restam dúvidas se o companheiro herdaria realmente a totalidade da herança ou somente a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante e vigência da união estável.<sup>177</sup>

Também, percebe-se que o legislador permaneceu omissos quanto ao reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro. Dessa forma, o Conselho da Justiça Federal por meio do enunciado nº 117 manifestou pela extensão do referido direito também ao companheiro, por analogia ao artigo 1.831 do Código Civil, que prevê o direito real de habitação ao cônjuge.<sup>178</sup>

E ainda não há posicionamento pacífico da doutrina se o companheiro é ou não herdeiro necessário. Para Caio Mário da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Hironaka e Maria Berenice Dias o companheiro é sim herdeiro necessário. Por outro lado, entendem Flávio Tartuce, Francisco José Cahali e Silvio

---

<sup>175</sup> Ibidem..

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. – prefácio Zeno Veloso. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, v.6. p. 262.

<sup>178</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 189.

da Salvo Venoza, entre outros, por não estar o companheiro incluído no rol dos herdeiros necessário. Entretanto, a questão ainda é alvo de discussões.<sup>179</sup>

Portanto, verifica-se que, ainda que o legislador tenha dado certo amparo aos direitos dos companheiros, a questão ainda é bastante polêmica. Maria Berenice Dias alega ser desarrazoada a diferenciação de direitos que trouxe o Código Civil, uma vez que os direitos do cônjuge são muito mais amplos que os direitos do companheiro.<sup>180</sup>

Nesse sentido, também critica Francisco Cahali ao aduzir que:

“Críticas foram feitas ao projeto do Código Civil pela falta de previsão, em sua versão original e naquela após as emendas do Senado, de efeitos jurídicos da união estável. Pior, porém, a inclusão do direito sucessório de forma aleijada, como promovida pelo Código na versão que veio a ser publicada, pois, embora traga o companheiro sobrevivente à primeira classe de preferência para receber uma parte da herança, na falta de descendentes e ascendentes, a nova lei força caminho na contra-mão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988.”<sup>181</sup>

Reconhece o autor que os direitos sucessórios do companheiro são extremamente inferiores do que os direitos sucessórios do cônjuge. Aqueles que convivem em união estável terão que lidar com a inferioridade de direito que lhe foi posta, não sendo possível usufruir das conquistas que a sociedade alcançou com muita batalha.<sup>182</sup>

Por fim, constata-se que a Constituição Federal e o Código Civil tenha dado importante reconhecimento à união estável, ao tratar dos direitos sucessórios, de fato, o companheiro ficou em situação muito inferior a situação do cônjuge, uma vez que o legislador estabeleceu fortes distinções entre ambos.

## 1.8 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

<sup>179</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 191-192.

<sup>180</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 183

<sup>181</sup> CAHALI, op. cit., p. 180.

<sup>182</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180

Além da sucessão legítima, existe também a sucessão testamentária. Nesta modalidade a lei permite que o testador manifeste a sua vontade para depois de seu falecimento.<sup>183</sup>

Através de testamento, também é possível ao testador reconhecer filhos havidos, excluir herdeiros facultativos, beneficiar a prole eventual, contemplar pessoas jurídicas já constituídas, ou entidades que se transformarão em fundações. E, ainda, salvo o reconhecimento dos filhos, o testamento poderá ser revogado a qualquer tempo.<sup>184</sup>

Tal espécie de sucessão é pouco utilizada no Brasil e, no geral, ocorrem mais nos casos em que o testador não possui herdeiros e deseja contemplar terceiros.<sup>185</sup> Entretanto, pode o testador beneficiar tanto terceiros, quanto os próprios herdeiros.<sup>186</sup>

### 1.8.1 Especificidades

A sucessão testamentária é a transmissão da herança, ou parte dela, em virtude de testamento escrito pelo autor da herança, ou seja, é a sua disposição de última vontade.<sup>187</sup>

Trata-se o testamento de ato jurídico unilateral, uma vez que só o autor da herança poderá fazê-lo,<sup>188</sup> podendo ser alterado a qualquer tempo, conforme dispõe o artigo 1.858 do Código Civil.

Quando o testador dispuser de algum bem específico ou algum direito, o herdeiro denominado como legatário e herdará a título singular. Quando receber

---

<sup>183</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 330.

<sup>184</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 134.

<sup>185</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 204.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>187</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

<sup>188</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 217.

fração ideal da herança ou até mesmo a sua totalidade, o herdeiro vai herdar a título universal.<sup>189</sup>

Maria Berenice Dias elenca quatro requisitos necessários à existência da sucessão testamentária, são eles: “(a) pessoa capaz de dispor dos seus bens para depois da morte; (b) pessoa capaz de recebê-la; (c) declaração de vontade na forma exigida em lei; (d) observância dos limites ao poder de testar.”<sup>190</sup>

Dessa forma, sendo capaz, qualquer pessoa poderá dispor de seus bens através de disposição de última vontade. E, também sendo capaz a pessoa contemplada, poderá ser herdeira testamentária.

E, observadas às exigências da lei, poderá o testador dispor em testamento a totalidade do patrimônio, caso não haja herdeiros necessários, e, se houver, poderá testar a metade dos bens, tendo em vista que a outra parte, denominada como legítima, é assegurada herdeiros necessário, conforme assegura o artigo 1.846 do Código Civil.<sup>191</sup>

Conceitua José Lopes de Oliveira, citado por Giselda Maria Fernandes Hironaka, que o testamento é:

“ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma de direito, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar.”<sup>192</sup>

Por fim, ressalta-se a regra é a sucessão legítima e a exceção é a sucessão testamentária,<sup>193</sup> isto é, só há que se falar em sucessão testamentária caso o falecido tenha deixado testamento válido, em conformidade com os requisitos necessários.

Na sucessão testamentária, se fala em duas formas de legitimações para suceder. A primeira diz respeito à legitimidade ativa, ou seja, a legitimidade ou

---

<sup>189</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 336.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 336.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>192</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 219.

<sup>193</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

capacidade do testador para dispor de seus bens em disposição de última vontade. Já a segunda é a legitimidade passiva, isto é, a legitimidade ou capacidade do contemplado em testamento em adquirir o objeto testado.<sup>194</sup> Ao contrário ocorre na sucessão legítima, na qual somente é constatada a legitimidade passiva, bastando à existência de herdeiros legítimos para que a sucessão seja deferida.<sup>195</sup>

Não se confunde a capacidade civil, disposta no artigo 1º do Código Civil, com a capacidade para testar,<sup>196</sup> tratando esta das exigências legais, necessárias, para que alguém possa dispor de seus bens e para que o beneficiado possa suceder naquilo que o testador lhe dispôs.

Quanto à legitimidade ativa, a regra é que qualquer pessoa seja legítima a testar e a exceção é a ilegitimidade, que deverá ser devidamente comprovada.<sup>197</sup> Ressalta-se que, só se admite testar as pessoas físicas, jamais de pessoa jurídicas.<sup>198</sup>

O princípio que regula o momento em que será constatada a legitimidade ativa é o *tempus regit actum*. Assim, o que importa é analisar a legitimidade ou capacidade do autor da herança no exato momento em que foi elaborado o testamento, não interessando para fins de sucessão se posteriormente ele tornou-se incapaz. Entretanto, o contrário não se admite, com base no artigo 1.861 do Código Civil, caso o *de cujus* tenha escrito seu testamento quando estava incapaz e momentos depois veio a adquirir sua total capacidade, o testamento não se convalida.<sup>199</sup>

O primeiro artigo a tratar acerca da capacidade de testar, é o 1.860 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.  
Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.”

---

<sup>194</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*:27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 212.

<sup>195</sup> DIAS, op. cit., p. 339.

<sup>196</sup> Ibidem.

<sup>197</sup> DINIZ, op. cit., p. 213.

<sup>198</sup> DIAS, op. cit., p. 340.

<sup>199</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 339.



Conforme entendimento do *caput* do artigo 1.860 do Código Civil, a primeira exceção diz respeito aos incapazes, que não poderão de forma alguma escrever testamento. Contudo, em relação à incapacidade, deixou o legislador de especificar se o referido artigo trata dos indivíduos relativamente ou absolutamente incapazes.<sup>200</sup>

Todavia, ao verificar em seguida o parágrafo único, que dispõe a capacidade dos maiores de dezesseis anos para testar, ainda que menores de idade, entende-se que a primeira proibição tratada no *caput* se diz somente aos absolutamente incapazes. Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias que:

“Ainda que a regra seja a capacidade, há exceções: os absolutamente incapazes e os que não tiverem pleno discernimento. Um único artigo peca duas vezes para dizer isso (CC 1.860). Primeiro diz que os incapazes não podem testar, sem distinguir incapacidade absoluta (CC 3º) e relativa (CC 4º). Em seguida, admite o testamento dos maiores de 16 anos, que são relativamente incapazes. [...] Apesar da falta de precisão da lei, não dispõem de capacidade testamentária somente os absolutamente incapazes. Os relativamente incapazes não estão atingidos pela proibição.”

Por este motivo é que menos de dezesseis anos não podem testar, visto que são considerados absolutamente incapazes. Falta-lhes maturidade, bem como poder de decisão, para dispor de seus bens. Qualquer testamento elaborado por menos de dezesseis anos, será considerado nulo.<sup>201</sup>

Importante mencionar, que nesse caso, o menor não necessita de assistência de seu representante legal. Tendo em vista que o testamento é ato unipessoal e unilateral, a intervenção de genitor, por exemplo, seria considerada como indevida.<sup>202</sup>

Por conseguinte, a segunda proibição de que trata o *caput*, diz respeito àqueles que não possuem pleno discernimento. O Código tenta dar uma segurança que o testamento foi feito de livre e espontânea vontade, nos moldes da vontade do

<sup>200</sup> Ibidem, p. 340.

<sup>201</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 236.

<sup>202</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 340.

autor da herança.<sup>203</sup> Assim, é vedada a elaboração de testamento quando o indivíduo estiver frente a qualquer situação que possa alterar a sua vontade.

Não existe um rol taxativo com os motivos que ensejam a perda do pleno discernimento. Carlos Roberto Gonçalves aduz que, a proibição tratada na segunda parte do artigo, diz respeito àqueles que:

não se encontram, no momento de testar, em seu perfeito juízo, em virtude de alguma patologia (arteriosclerosa, excessiva pressão arterial, por exemplo), embriaguez, uso de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes e transitória.<sup>204</sup>

Ou seja, a verificação do pleno discernimento é realizada por meio de uma interpretação subjetiva do intérprete.<sup>205</sup>

Ressalta-se que o fato do indivíduo ser cego e/ou mudo, deficiente, analfabeto, não saber o idioma nacional, não o impedem de elaborar testamento, desde que este, seja feito nos termos da lei. Há apenas a existência de certa limitação, onde a lei vai dispor qual testamento poderá ser feito, a depender da situação do testador.<sup>206</sup>

Contudo, não basta que o testador seja legítimo ou capaz, será avaliada também a legitimidade do contemplado em testamento, para que de fato ocorra a transmissão da parte que lhe couber. Trata-se da legitimidade passiva. Em regra, tanto pessoa física quanto pessoa jurídica podem ser beneficiadas através de testamento.

Para Gilselda Maria Fernandes Hironaka, a legitimidade passiva é “a aptidão que respeita à pessoa que pode ser instituída herdeira, ou legatária, adquirindo, dessa forma, bens, pela via do testamento, de acordo com as derradeiras disposições de vontade do autor da herança.”<sup>207</sup>

Serão legítimas as pessoas já nascidas ou concebidas no momento em que é aberta a sucessão do autor da herança, conforme artigo 1.798 do Código Civil,

---

<sup>203</sup> Ibidem, p. 341.

<sup>204</sup> GONÇALVES, op. Cit., p. 238.

<sup>205</sup> DIAS, op. cit., p. 341.

<sup>206</sup> DIAS, op. cit., p. 342.

<sup>207</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 285.

salvo as pessoas excluídas em razão de lei.<sup>208</sup> Assegura ainda o artigo 1.799 do atual Código Civil que:

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:  
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;  
II - as pessoas jurídicas;  
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.”

Primeiramente, o inciso I trata da chamada prole eventual, que é uma exceção ao artigo anterior, tendo em vista que neste caso o beneficiado ainda não foi nem concebido.

Desse modo, o testador poderá dispor testamento beneficiando eventual filho de pessoa indicada, caso venha a nascer com vida no prazo de dois anos contados a partir da abertura da sucessão. Há a possibilidade, ainda, de o testador alterar o prazo de dois anos, seja pra mais ou pra menos.<sup>209</sup> Trata-se aqui de uma sucessão condicional, que só vai existir nascendo o herdeiro com vida.<sup>210</sup>

Caso o autor da herança tenha deixado testamento válido beneficiando os filhos da pessoa indicada ainda não concebidos, será transmitido o que lhe couber. Caso nasça mais de um, será efetuada a divisão igualmente entre todos os que nascerem dentro do prazo estipulado.<sup>211</sup>

Se decorrer o prazo e o herdeiro não nasça com vida, a parte que lhe caberia será transmitida aos herdeiros legítimos, conforme ordem de vocação hereditária.<sup>212</sup> Reforça Arnaldo Rizzardo que:

“O testador indica a prole que terão determinadas pessoas, reservando-lhe a participação ou quinhão na herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e condicional. Opera-se a sucessão unicamente se nascerem os filhos das pessoas indicada.”

Contudo, não pode o testador especificar quaisquer condições de validade do testamento, como exemplo, indicar o sexo. Tal condição implicaria em

<sup>208</sup> Ibidem, p. 285.

<sup>209</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 343.

<sup>210</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 344.

<sup>211</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 344.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 344.

ofensa a Constituição Federal, no que concerne a garantia de igualdade entre filhos.

213

Após abertura da sucessão e realização da partilha, se o testador não tiver deixado denominado um curador, o Juiz irá nomeá-lo, a fim de que administre a parte que beneficiará a prole eventual, que geralmente serão os genitores deste. Os bens ficam reservados até o fim do prazo.<sup>214</sup>

Nascendo a pessoa indicada com vida, lhe será deferida a herança com todos os frutos e os rendimentos, desde a data da abertura da sucessão, nos moldes do artigo 1.800, § 3º do Código Civil.

Necessário esclarecer que na situação de testamento que beneficie prole eventual, há possibilidade da filiação ser derivada de modo diverso da consanguinidade, elenca Maria Berenice Dias, também ser possível:

“(a) o filho resultado de reprodução assistida heteróloga (CC 1.595, V); (b) o que detém a posse de estado de filho; e (c) o filho cuja adoção ocorrer após a morte do testador (ECA 47, § 7º). Como bem observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a expressão ‘filhos ainda não concebidos’, contida no inciso I do artigo 1.799, precisa ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal.”<sup>215</sup>

Por fim, entende-se que quando o *de cujus* beneficiar prole eventual, também serão incluídos aqui os filhos havidos por meio de inseminação artificial, os adotados e aqueles fruto de filiação sócioafetiva.<sup>216</sup>

Já inciso II do artigo 1.799 do Código Civil, trata da possibilidade do testador contemplar pessoa jurídica, podendo ser nacional ou internacional, de direito público, bem como as de direito privado, desde que à época da morte já tivesse sido constituída.<sup>217</sup>

Da mesma forma, as fundações também poderão ser contempladas, conforme inciso III do artigo 1.799, do Código Civil. O testador deverá dispor sua criação através de testamento, devendo indicar também a finalidade daquela

<sup>213</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244.

<sup>214</sup> Ibidem.

<sup>215</sup> DIAS, op. cit., p. 345.

<sup>216</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 347.

fundação. Até que se adquira personalidade, os bens que o testador tiver deixado ficarão no poder da pessoa que for designada a cria-la.<sup>218</sup>

No mais, a legislação estabelece as pessoas que são impedidas de herdar através de testamento, tais como, quem redige o testamento, as testemunhas, quem o elaborou, bem como a concubina.<sup>219</sup>

### 1.8.2 Testamentos Ordinários

Preceitua o artigo 1.862 do Código Civil três formas de testamento ordinário, são eles: testamento público, testamento cerrado e o testamento particular.

O primeiro, testamento público, também denominado como solene, autêntico ou aberto, é o testamento elaborado por tabelião, ou substituto, que fica registrado no livro de notas. Por este motivo, não tem como ser destruído, sendo a forma de testar que menos se sujeita a nulidades.<sup>220</sup>

Ainda que o nome seja testamento público, não é qualquer pessoa que poderá ter acesso as disposições do testador. Isto, pois, suas vontades só vão se convalidar com sua morte, e até lá o testamento poderá sofrer alterações ou revogação, a qualquer momento.<sup>221</sup>

O artigo 1.864 traz os requisitos para o procedimento do testamento particular, na falta de algum deles, o testamento será tornado nulo. Veja-se:

“Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:  
I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;  
II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;  
III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.”

<sup>218</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 291.

<sup>219</sup> DIAS, op. cit., p. 349-350.

<sup>220</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. op. cit., p. 222.

<sup>221</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 366.

Dessa forma, para elaboração do referido testamento, primeiramente o testador tem que estar pessoalmente a presença do tabelião. Ressalta-se que não necessita do testador comparecer na sede do tabelionato, este também poderá se deslocar até a residência de quem quer testar, em hospitais e até no escritório de advocacia do advogado do testador.<sup>222</sup>

Posteriormente o testador deverá ditar sua vontade para o tabelião em língua portuguesa, que irá escrevê-la também no idioma nacional no livro de notas. Será lido o testamento em voz alta, pelo testador ou pelo tabelião, e apenas neste momento, será necessária a presença de no mínimo duas testemunhas e, por fim, todos aqueles que estiverem presentes deverão assiná-lo.<sup>223</sup>

Caso o testador não consiga assinar ou não possa apenas naquele momento, deverá o tabelião convocar uma das testemunhas para assinar no lugar do testador, podendo ainda deixar registrado tal fato.<sup>224</sup> Ao final da solenidade, o testador receberá o traslado, que é o documento pela qual consta tudo o que ele registrou no testamento.<sup>225</sup>

Já o testamento cerrado, secreto ou místico, vai ser elaborado pelo próprio testador ou por alguém de sua vontade. Tem por principal característica ser absolutamente sigiloso.<sup>226</sup>

Esta modalidade de testamento é dividida em dois elementos. O primeiro é a própria disposição de última vontade do testador e o segundo é a aprovação do testamento, que será feita no momento em que o testamento é levado ao tabelião para a devida autenticação.<sup>227</sup>

Ressalta-se que, ao contrário do testamento particular, pode o testamento cerrado não ser escrito em idioma oficial. Nestes casos, quando chegar ao momento de sua leitura, será convocado tradutor oficial para traduzi-lo.<sup>228</sup>

---

<sup>222</sup> Ibidem, p. 367.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 366.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 368.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>226</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

<sup>227</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 369.

<sup>228</sup> Ibidem.

Assim, Maria Berenice Dias elenca oito características do testamento cerrado, são elas:

“(a) ser escrito pelo testador ou a seu rogo; (b) ser entregue pelo testador ao tabelião; (c) a presença de duas testemunhas; (d) a declaração do testador de ser o seu testamento e o quer aprovado; (e) a lavratura do auto de aprovação; (f) a leitura do auto de aprovação; (g) a assinatura de todos os presentes; (h) ser cerrado e costurado.”<sup>229</sup>

Quando escrito por terceiros, este será apenas o redator daquele testamento, não sendo necessária a sua assinatura, somente a do testador. Todavia, é necessária a identificação e qualificação de quem o escreveu, para saber se esta pessoa não acabou sendo beneficiada. Pode, inclusive, o próprio tabelião ser redator do testamento.<sup>230</sup>

Poderá ser escrito mecanicamente ou à mão, devendo constar a assinatura do testador em todas as folhas e sendo obrigatória a numeração de cada página.<sup>231</sup>

Posteriormente, será entregue o testamento ao tabelião, pessoalmente, devendo o testador informa perante as duas testemunhas que aquela é a sua vontade e por isso requer a sua aprovação. Assim, todos assinam o auto de aprovação, sem ler o testamento,<sup>232</sup> tendo em visto seu caráter sigiloso. Caso o testador esteja impedido de assinar naquele momento, será convocada uma testemunha a rogo, para que o faça em seu lugar.<sup>233</sup>

Para a realização do testamento cerrado é imprescindível que o testador saiba ler, escrever e assinar, sendo assim, não podem testar por esta modalidade o cego e o analfabeto.<sup>234</sup>

Logo após, o testamento é fechado, costurado e lacrado pelo tabelião, e entregue ao testador. O tabelião registra no Livro de Registro de Testamentos Cerrados, indicando o local e data que o testamento foi aprovado e devolvido.<sup>235</sup>

---

<sup>229</sup> Ibidem.

<sup>230</sup> Ibidem.

<sup>231</sup> CAHALI, ob. cit, p. 230.

<sup>232</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões* 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 370.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 371.

<sup>234</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 233-231.

Ressalta-se que ainda que o testamento cerrado seja registrado pelo tabelião, quem ficará com sua posse é o próprio testador, não havendo qualquer segurança de que até a abertura da sucessão ele permanecerá intacto.

Caso haja qualquer violação por parte do testador, o testamento será revogado. Contudo, se aberto após seu falecimento, o Juiz é quem vai decidir pela aceitação do testamento ou não.<sup>236</sup>

A terceira e última forma de testamento ordinário é o testamento particular. Ainda que seja a forma mais simples e acessível de testar, é pouco utilizado, por dois motivos: não possui registro em ofício público e também fica sob o poder do testador.<sup>237</sup>

São exigências para a validade do testamento: ser escrito pelo próprio testador, à mão ou mecanicamente, a sua leitura mediante presença de três testemunhas e, por fim, a assinatura em todas as folhas que o testamento tiver. Não se admite assinatura a rogo nesta modalidade.<sup>238</sup>

Ressalta-se que, é admitido qualquer idioma, desde que as testemunhas o compreendam.<sup>239</sup>

Quando devidamente escrito, o testamento particular precisa ser homologado pelo juiz, com a presença das testemunhas. Assegura Maria Helena Diniz que:

“A vantagem do testamento particular está na desnecessidade da presença do notário, visto que terá validade desde que ocorram os requisitos legais mencionados. Além do mais, é simples, cômodo, rápido e nada dispendioso. Entretanto, apresenta inconvenientes de extravio, coação, substituição, alteração, destruição, porque não requer para sua existência registro em ofício público, de modo, que esta só será atestada pela memória das testemunhas testamentárias. A essas desvantagens acrescenta-se o fato de ter sua eficácia subordinada à sobrevivência de certo número de testemunhas, dado que, se duas delas falecerem ou forem declaradas ausentes, o testamento não será cumprido.”<sup>240</sup>

Quanto às testemunhas, há uma exceção. Nos casos em que o testador deixar justificado a ausência de testemunhas, poderá o juiz confirmar a validade do

<sup>235</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>236</sup> CAHALI, ob. cit, p. 233-234.

<sup>237</sup> DIAS, ob. cit. p. 372.

<sup>238</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.6. p. 250.

<sup>239</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.6. p. 251

<sup>240</sup> Ibidem, p. 255.



testamento particular. Tal situação pode ser clara quando o testador morar em local onde não há pessoas de confiança, por exemplo.<sup>241</sup>

Por fim, não poderão testar por esta modalidade os cegos, visto que por determinação legal os deficientes visuais só estão autorizados a testar pela forma pública, e os analfabetos, por não conseguirem ler e escrever.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 3 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

<sup>242</sup> Ibidem. p. 287-288.

## 2 A FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O sonho da maioria dos casais é poder gerar um filho, todavia isso pode desencadear uma série de frustrações quando da descoberta de eventual esterilidade ou infertilidade. Esse motivo é o que mais enseja a procura pelas técnicas de reprodução assistida.<sup>243</sup>

Para Tereza Rodrigues Vieira há ainda outros motivos pelos quais os casais buscam fugir do método tradicional de concepção, tais como a possibilidade de transmissão de doenças,<sup>244</sup> entretanto não muito comuns.

Assim, é de suma importância para o presente trabalho, analisar os aspectos gerais da filiação, em especial no que tange à filiação decorrente da reprodução assistida.

### 2.1 A FILIAÇÃO NO BRASIL

Sem dúvidas, entre as relações de parentesco, a que mais possui relevância é a filiação<sup>245</sup> pelo fato de que muitas vezes é ela quem abre caminho para a solidificação da vida do casal.<sup>246</sup>

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo preceitua que a filiação é um importante ramo do direito da família, pois são os filhos os maiores responsáveis pela celebração dos matrimônios, bem como simbolizam a continuidade da vida humana.<sup>247</sup>

Dessa forma, dada à relevância da filiação, o legislador preocupou-se em discorrer detalhadamente acerca deste importante vínculo, prevendo, portanto,

---

<sup>243</sup> FERTILIDADE. *Infertilidade e esterilidade: você conhece a diferença?* Clínica de Reprodução Humana. Disponível em: <<http://fertilidade.org/content/infertilidade-esterilidade-voce-conhece-diferenca>>. Publicado em: 30/04/2014. Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>244</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Ensaio de Bioética e Direito*. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 35.

<sup>245</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.p. 357.

<sup>246</sup> VIEIRA, ob. cit, p. 36.

<sup>247</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 337.

várias leis e regulamentações que preveem tanto direitos quanto os deveres dos pais e dos filhos.<sup>248</sup>

### 2.1.1 Conceito

A palavra ‘filiação’ decorre do latim *filiatio*, que tem por significado a relação mantida entre os filhos e pais.<sup>249</sup> Em sentido amplo, a filiação diz respeito às relações mantidas entre os filhos com os seus respectivos pais. Fala-se em filiação em sentido estrito, quando observada pelo lado filho e, ao contrário, quando visualizada pelo lado da genitora fala-se em maternidade e pelo lado do genitor, paternidade.<sup>250</sup> Em alguns casos, é possível tratar da paternidade em um sentido amplo, incluindo, portanto, a maternidade.<sup>251</sup>

Paulo Lôbo, em sua obra, conceitua filiação como:

“a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.”<sup>252</sup>

Isto é, Lôbo considera não somente a filiação biológica, como também as filiações não biológicas, em virtude das relações socioafetivas que passaram a ser reconhecidas pelo direito brasileiro.<sup>253</sup>

Oportunamente, Maria Helena Diniz assegura que a filiação é o vínculo criado entre os pais e seus filhos, que podem ser formados através dos laços consanguíneos, da socioafetividade, bem como da reprodução artificial heteróloga.<sup>254</sup>

<sup>248</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 337.

<sup>249</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

<sup>250</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.6. p. 320.

<sup>251</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436.

<sup>252</sup>LÔBO, ob. cit., p. 216.

<sup>253</sup>Ibidem.

<sup>254</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5. p. 495-496.

Igualmente, Carlos Roberto Gonçalves aduz que: “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquela que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”<sup>255</sup>

E também, entende Arnaldo Rizzardo por filiação: “a relação de parentesco consanguíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa àquelas que a reproduziram ou geraram. Consiste no liame entre pais e filhos.” E ainda, assegura o autor, que a filiação tem tanta importância, que quando foi impossível gerar um filho consanguíneo, poderá ser realizada através da adoção.<sup>256</sup>

Em suma, entende-se por filiação as relações criadas entre pais e filhos, considerando como filhos os oriundos de relações sexuais, bem como os provenientes de relações sociafetivas e aqueles gerados através de reprodução assistida.

Entretanto, é de necessária importância destacar que, ainda que existam situações que de fato serão tratadas de maneira diversa entre ambos, como o impedimento matrimonial acima mencionado, a atual legislação assegura o igual tratamento entre os filhos, sejam os havidos ou não em casamento ou adotados, conforme dispõe o artigo 227, § 6º da Constituição Federal e o artigo 1.596 do Código Civil de 2002.

Ressalta-se que o Código Civil de 1916 fazia distinção entre os filhos havidos dentro do casamento, dos que haviam nascido fora do casamento ou decorrente de uma relação impura, bem como entre os adotados. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, não há mais que se falar em tal distinção, isto significa que, os pais deverão arcar com todos os direitos e deveres, independente da situação do filho.<sup>257</sup>

Dessa forma, defende Paulo Lôbo que a família pode ser planejada livremente, isto significa que os pais podem decidir a origem de seu filho, seja

---

<sup>255</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família* – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.6. p. 320.

<sup>256</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 338.

<sup>257</sup> GONÇALVES, ob. cit. p. 320-321.

através de origem genética, vínculo afetivo, matrimônio, união estável, entidade monoparental ou através de qualquer outra forma constitucionalizada.<sup>258</sup>

### 2.1.2 Espécies de Filiação

O antigo Código Civil, de 1.916, fazia distinção entre os filhos havidos na constância do casamento, legítimos, e os havidos fora do matrimônio, ilegítimos. E ainda, quanto aos ilegítimos, poderiam ser naturais, quando os pais não possuíam impedimento matrimonial, ou espúrios, nos casos em que um ou os dois genitores possuíam impedimento matrimonial.<sup>259</sup> Os espúrios poderiam também ser incestuosos, quando os seus pais possuíam parentesco próximos, ou adulterino, que seria adultério *matre*, quando a mãe possuía impedimento, ou adultério *patre*, se praticas pelo pai.<sup>260</sup> Ressalta-se que era proibido o reconhecimento dos filhos que não fossem legítimos, isto é, os filhos ilegítimos sofriam bastante com a discriminação.<sup>261</sup>

Posteriormente, a Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º e, consequentemente, O Código Civil no artigo 1.596 do Código Civil, trouxe o princípio da igualdade de direito entre todos os filhos, sejam os havidos no casamento ou não, bem como os adotados e, ainda, proibindo qualquer tipo de designação que sejam discriminatórias.<sup>262</sup>

Em que pese o princípio da igualdade ou isonomia, atualmente, a doutrina faz uma classificação entre os filhos, a depender de sua origem, todavia apenas de forma didática, pois independentemente da sua classe, todos terão os mesmos direitos e deveres.<sup>263</sup>

<sup>258</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

<sup>259</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 433.

<sup>260</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.6. p. 344.

<sup>261</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342.

<sup>262</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 435.

<sup>263</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: família, sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.167.

### 2.1.2.1 Filiação Biológica

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a filiação biológica está ligada com o laço sanguíneo, isto é, o vínculo genético, podendo ainda ter decorrido da reprodução assistida, seja homóloga ou heteróloga.<sup>264</sup> O mesmo é o entendimento adotado por Caio Mário da Silva Pereira, que inclusive cita os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em sua obra.<sup>265</sup>

Maria Berenice Dias, também assevera que a filiação biológica é unicamente aquela que vem do vínculo sanguíneo.<sup>266</sup> E, por fim, sem nenhuma controvérsia, Arnaldo Rizzardo também entende que a filiação biológica é decorrente da forma tradicional de concepção, ou seja, através do ato sexual.<sup>267</sup>

Ademais, importante mencionar que, quando tratar de filho concebido durante o casamento será atribuído aos cônjuges a presunção legal de paternidade.<sup>268</sup> Destaca-se aqui, uma situação que abrange somente os filhos havidos na constância do casamento. Trata-se de um grande equívoco do legislador ao elaborar o atual Código Civil, uma vez que a própria Carta Magna passou a proteger a união estável, entendendo-a como entidade familiar, todavia, deixou de aplicar expressamente o princípio da presunção legal de paternidade nestas relações.<sup>269</sup>

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro, entende que a aludida presunção abrange somente aqueles que vivem na constância do casamento,<sup>270</sup> nos moldes da legislação. Todavia essa questão não é pacífica.

Para Paulo Lobo, ainda que o artigo mencione as hipóteses de presunção de paternidade apenas na constância do casamento, o rol abrange integralmente

<sup>264</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 591.

<sup>265</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. . p. 356.

<sup>266</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 397-398.

<sup>267</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342.

<sup>268</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.6. p. 322.

<sup>269</sup> PEREIRA, ob. cit, p. 358.

<sup>270</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 440.

também aqueles que convivem em união estável.<sup>271</sup> Ressalta-se que há vários julgados no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a presunção de paternidade também na união estável, como exemplo, destaca-se o REsp nº 1.194.059/SP, veja-se:

“RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHIFACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Desimporta o *nomen iuris* dado à demanda, pois na realidade, aplica-se à o adágio romano da *mihifactum dado tibi jus*.

II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel.Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil).

III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito.

**IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável.**

V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presumem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte.

VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido.”<sup>272</sup>

<sup>271</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 226.

<sup>272</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1.194.059/SP, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012.

Assim, no tocante a presunção de filiação, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 prevê:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

No que tange ao inciso I, a determinação é de que o prazo se inicie a partir da convivência conjugal. Caio Mário da Silva Pereira explica que “partindo de que o período normal de gravidez é de 270 dias, mas que, em casos excepcionais, pode restringir-se a seis meses, ficou estabelecido que se presume filho” aquele que se encaixar na hipótese do artigo I.<sup>273</sup>

Já o inciso II leva em consideração de que a gestação não ultrapassará o período de 300 (trezentos) dias e, por isso, será presumida a paternidade, daquele filho que vier nascer dentro do mesmo prazo, contados a partir da dissolução da sociedade conjugal.<sup>274</sup>

Necessário abordar que os incisos I e II se embasavam na simples presunção de que havia ocorrência de relações sexuais entre os cônjuges e de que a esposa foi fiel, baseando ainda, a respeito dos prazos, em um tempo “mínimo e máximo de gestação viável”. Salienta-se que essa presunção decorreu do Direito Romano, denominada como *pater is est quem nuptiae demonstrant*.<sup>275</sup>

Para Carlos Roberto Gonçalves, atualmente, devido aos avanços da ciência, não é de grande relevância os prazos estabelecidos nos dois primeiros

---

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj>> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>273</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 359.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 359.

<sup>275</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 323.



incisos do mencionado artigo, uma vez que há como ser provada a paternidade por meio de exame de DNA, que é meio capaz de cessar quaisquer dúvidas.<sup>276</sup>

Em seguida, os incisos III, IV e V referem-se aos casos de fertilização artificial, que é outro modo de procriação “consistindo a mais comum no depósito do material genético masculino diretamente no útero da mulher por meio de métodos mecânicos ou por instrumentos, em substituição do ato natural, que é a relação sexual”.<sup>277</sup>

Especificamente no inciso III, será considerado o filho concebido mediante reprodução artificial homóloga, ou seja, com o sêmen do próprio marido, mesmo após a sua morte.<sup>278</sup>

O inciso IV, diz respeito a presunção de paternidade dos filhos havidos no casamento através de embriões excedentários, que são aqueles que ficam guardados propositalmente em banco de embriões para serem utilizados quando o casal achar necessário.<sup>279</sup>

Por fim, o inciso V traz a hipótese de presunção de paternidade no casamento quando a mulher proceder a reprodução artificial heteróloga, isto é, com o sêmen de um terceiro que o doa, mediante autorização de seu marido.<sup>280</sup>

Ressalta-se no último inciso que, uma vez dada a autorização, o marido não mais poderá se exigir de sua obrigação de pai, sendo considerado pai legal da criança que vier a nascer. Todavia, caso consiga comprovar que aquele filho sobreveio por uma infidelidade da mulher, poderá voltar atrás.<sup>281</sup>

Importante mencionar que, ainda que haja a presunção elencadas no artigo 1.597 do Código Civil, a paternidade pode ainda ser contestada, quando, por exemplo, o marido passa a ter conhecimento de sua impotência. Assim, para contestação, será cabível o ajuizamento de ação declaratória de negação de

---

<sup>276</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 437.

<sup>277</sup>RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 350.

<sup>278</sup>Ibidem, p. 351.

<sup>279</sup>RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 351.

<sup>280</sup>Ibidem, p. 351.

<sup>281</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 329.

paternidade ou, também chamada, ação de contestação de paternidade.<sup>282</sup> É também estendido ao companheiro o direito a pleitear a referida ação, caso consiga comprovar a existência de união estável.<sup>283</sup>

Tão somente a infidelidade da mulher não encerra a presunção legal de paternidade, pois, que, ainda que haja o relacionamento com outra pessoa, nada impede que o filho possa ser do marido.<sup>284</sup>

Da mesma forma, a confissão materna por si só também não exclui a presunção de paternidade, a não ser que juntamente existam outros meios de prova, tais como, exame de DNA, prova testemunhal, etc., devendo o marido impugná-la para que encerre a presunção de paternidade.<sup>285</sup> Neste caso, não ocorre a presunção, devido a proteção que deu o legislador a criança, tentando evitar ao máximo eventuais prejuízos, uma vez que a confissão pode estar ligada a outros interesses particulares daquela que a alega.<sup>286</sup>

Por outro lado, cessa a presunção de paternidade, caso a mulher venha dar a luz após trezentos dias do falecimento de seu marido ou de seu desaparecimento. Nestes casos, como exceção, poderão os herdeiros ajuizar ação de contestação de paternidade.<sup>287</sup>

#### 2.1.2.2 Filiação Registral e Socioafetiva

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a filiação registral é aquela realizada no cartório de registro civil de pessoas naturais, já a socioafetiva é a relação não sanguínea, mas decorrente do afeto que acaba fazendo com que os envolvidos se tratem como se parentes fossem.<sup>288</sup>

<sup>282</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 351.

<sup>283</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 364.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 367.

<sup>286</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 331.

<sup>287</sup> Ibidem, p. 340.

<sup>288</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 591.

Ressalta-se que o entendimento adotado por Caio Mário é o mesmo, inclusive citando os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em sua obra.<sup>289</sup>

Por filiação socioafetiva, entende Arnaldo Rizzardo que é aquela unicamente decorrente da adoção, “sem vínculos biológicos, mas admitida e reconhecida por engenho da lei.”<sup>290</sup>

Washington de Barros Monteiro entende por socioafetividade as relações que não possuem laços sanguíneos, mas reconhecidas e que possuem grande afinidade, por muitas vezes chegam a ser mais importantes que aquelas que possuem o vínculo sanguíneo. O autor cita como exemplo a relação do enteado(a) com o padrasto ou madrasta, que muitas vezes participou da criação e educação do menor, tratando como se fosse filho.<sup>291</sup>

De forma não muito diversa, a autora Maria Berenice Dias entende que a filiação registral surge com o registro de nascimento, abrangendo também a adoção à brasileira.<sup>292</sup> Por fim, alega que ainda que não esteja dentre as espécies de filiação, existe a filiação socioafetiva, que são aquelas relações decorrentes do “*e/o de afetividade*”. Entretanto, para a autora, as relações socioafetivas ao serem devidamente registradas, passam a ser registrais, portanto, não mais existindo diferenciação entre as duas espécies<sup>293</sup>

Nestes casos, no que se refere à prova da filiação, em regra, esta será realizada mediante “certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”.<sup>294</sup> E, ainda, quanto aos filhos havidos fora do casamento, é possível o reconhecimento voluntário:

<sup>289</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 356.

<sup>290</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342.

<sup>291</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil 2: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 420-422.

<sup>292</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 397-398.

<sup>293</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 406.

<sup>294</sup> Ibidem, p. 340.

“I – no registro do nascimento;  
 II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;  
 III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;  
 IV- por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”<sup>295</sup>

Na falta da certidão de nascimento, poderá ser provada a paternidade com começo de prova escrita, como exemplo por cartas, ou quando existirem presunções que resultem de fato certo, como a convivência familiar, e, corroborando com essas duas hipóteses, admitem-se outros tipos de provas, quais sejam documentais testemunhais e periciais.<sup>296</sup>

Quanto à prova de paternidade, Carlos Roberto Gonçalves alega que:

“Na realidade, em razão do avanço da ciência e, principalmente, do advento do exame de DNA, o reconhecimento forçado da paternidade ou da maternidade independe de começo de prova por escrito ou das mencionadas veementes presunções. O dispositivo em apreço, além de obsoleto, está em desacordo com o princípio da verdade real.”<sup>297</sup>

O advento da Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009, firmou o entendimento de que serão admitidos quaisquer meios de prova para comprovar a paternidade, desde que seja legítimo. E ainda, caso haja a negativa do possível genitor ou genitora a submeter-se ao exame de DNA, será presumida a paternidade.<sup>298</sup>

### *2.1.3 O Poder Familiar e os demais Efeitos da Filiação*

Conceitua-se o poder familiar como o conjunto de obrigações atribuído aos pais, para a pessoa e os bens de todos seus filhos menores e não emancipados.<sup>299</sup> Isto, pois, não é suficiente apenas alimentar o filho e esperar o seu crescimento, é necessário que a criança tenha alguém para instruí-la, protegê-la e dar educação.<sup>300</sup> No mesmo sentido, aduz Paulo Lôbo que: “o poder familiar é o

<sup>295</sup> BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.609. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>296</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 342.

<sup>297</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 342.

<sup>298</sup> Ibidem, p.343.

<sup>299</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 537.

<sup>300</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 417.

exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.”<sup>301</sup>

E também, Washington de Barros Monteiro conceitua o poder familiar como:

“o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. [...] Debaixo do seu manto protetor, colocam-se todos os filhos menores, sem exceção, independentemente da origem da filiação.”<sup>302</sup>

Importante ressaltar que há divergência doutrinária no que tange a possibilidade ou não da delegação do poder familiar. Para Paulo Lôbo essa função pode ser delegada, parcial ou integralmente, de preferência a algum parente, que seja de confiança dos pais.<sup>303</sup> Já por outro lado, Carlos Roberto Gonçalves entende que o poder familiar jamais poderá ser “alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido”.<sup>304</sup>

Será atribuído o poder familiar em iguais condições entre a mãe e o pai, sem nenhuma preferência ou distinção entre eles, e, ainda, não importando os seus respectivos estados civis. Caso não haja reconhecimento de um dos dois, ficará o poder familiar exclusivamente com aquele único genitor que o reconheceu.<sup>305</sup>

Caso ocorra divergência entre os pais, acerca do exercício do poder familiar, será cabível a busca pela solução do conflito através do judiciário, todavia deve sempre o juiz tentar realizar mediação prévia.<sup>306</sup>

Se, ainda, na hipótese de o filho não possuir reconhecimento materno e nem paterno, o poder familiar ficará a cargo de um tutor, que tem a possibilidade de vir a adotá-lo.<sup>307</sup>

O poder familiar começa a ser reduzido proporcionalmente conforme o desenvolvimento da criança e, conseqüentemente, de sua capacidade de fazer

<sup>301</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

<sup>302</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500.

<sup>303</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

<sup>304</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 419.

<sup>305</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 500-501.

<sup>306</sup> LÔBO, op. cit., p. 300.

<sup>307</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 502.

escolhas.<sup>308</sup> Por fim, quando completado 18 anos de idade, ou antes, caso o filho tenha sido emancipado, extingue-se o poder familiar.<sup>309</sup>

Dessa forma, conforme mencionado, as obrigações dos pais no poder familiar relacionam-se a dois aspectos, o primeiro, no que tange à pessoa e o segundo no tocante aos bens dos filhos.<sup>310</sup>

Quanto ao primeiro aspecto, está elencado no artigo 1.634 do Código Civil nove hipóteses a título exemplificativo, quais sejam:

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)  
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).”

O primeiro e mais importante inciso do mencionado artigo diz respeito à criação e a educação, que também está devidamente previsto na Constituição Federal em seu artigo 227. A importância se dá, pois os pais necessitam zelar pela formação de seus filhos, “a fim de torna-los uteis a si, à família e à sociedade.”<sup>311</sup> Ademais, é com estes elementos que será construído o caráter do filho, isto é, os pais que cumprirem este dever de forma eficiente estarão colaborando para o

<sup>308</sup> LÔBO, op. cit, p. 302.

<sup>309</sup> GONÇALVES, op. cit, p. 420.

<sup>310</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 541.

<sup>311</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 503.

desenvolvimento do bom caráter da criança.<sup>312</sup> Ressalta-se que os pais podem responder criminalmente, caso não observem o dever de criação, não tendo prejuízo também das sanções civis.

Em seguida, o inciso II prevê um direito-dever, qual seja, ter a companhia e guarda de seus filhos. Nos casos em que os pais são separados, a guarda será definida levando em consideração o critério da convivência e do bem-estar do filho e, em casos de divergência entre os genitores, caberá ao que se sentir prejudicado o ajuizamento de ação judicial para que o Juiz analise o que é melhor aos interesses da criança.<sup>313</sup>

Logo em seguida, o terceiro inciso dispõe que será atribuído aos pais o poder de conceder ou negar o consentimento para casamento do filho. Neste caso, a autorização deverá ser específica, contendo a pessoa determinada com a qual o filho irá casar e assinada por ambos os pais, podendo o Juiz suprir o consentimento de um deles quando houver motivo injustificado.<sup>314</sup>

À frente, o inciso IV traz que os pais podem autorizar ou não o filho menor para viagens ao exterior, só sendo dispensada se o menor estiver à presença de ambos os pais, ou acompanhada de apenas um genitor com a devida autorização com firma reconhecido do outro genitor.<sup>315</sup>

Já o inciso V dispõe que compete a ambos os pais conceder, bem como negar consentimento para mudar para outro município em caráter permanente.<sup>316</sup>

Por conseguinte, o inciso VI determina que, cabe aos pais a nomeação de um tutor aos seus filhos menores quando o outro genitor não for vivo ou, caso seja,

---

<sup>312</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 423.

<sup>313</sup> Ibidem, p. 505.

<sup>314</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 425-426.

<sup>315</sup> CAVALCANTE, Marcio Andre Lopes. Lei 13.058/2014: determina que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, o juiz aplicará a guarda compartilhada. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/12/lei-130582014-determina-que-quando-nao.html?m=1>> Acesso em: 28 fev. 2016.

<sup>316</sup> SOUTO, Wilson Diorato. A inconstitucionalidade do inciso V do Artigo 1634 do Código Civil. O genitor(a) pode impedir o ex-conjuge de se mudar em razão dos filhos? Disponível em: <<http://diorato.jusbrasil.com.br/artigos/160746497/a-inconstitucionalidade-do-inciso-v-do-artigo-1634-do-codigo-civil-o-genitor-a-pode-impedir-o-ex-conjuge-de-se-mudar-em-razao-dos-filhos>> Acesso em: 02 abr. 2016.

estiver incapaz de exercer o poder familiar. A nomeação deverá ser feita em testamento ou outro documento autêntico.<sup>317</sup>

Já o inciso VII traz o dever dos pais em representar o filho que for menor de dezesseis anos de idade e, após essa idade, assisti-lo. Isto se dá em virtude de que o menor de dezesseis anos é considerado como absolutamente incapaz, sendo assim só poderá exercer seus atos através de seu representante legal. Após os dezesseis, o adolescente passa a ser considerado como relativamente incapaz e isto significa que os seus atos da vida civil poderão ser praticados, caso sejam assistidos pelo seu representante legal, podendo sofrer pena de anulabilidade se não forem devidamente assistidos.<sup>318</sup>

O inciso VIII trata da possibilidade dos pais reclamarem em juízo de quem ilegalmente os detenha, por meio da medida cautelar de busca e apreensão.<sup>319</sup>

Por fim, o último inciso traz o direito dos pais em exigir dos filhos “obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. Nesse sentido, entende Washington de Barros Monteiro:

“Torna-se preciso, entretanto, não haja abuso no exercício dessa prerrogativa, a fim de que se não transforme num verdadeiro malefício para o filho, numa opressiva exploração das nascentes energias deste, para satisfazer as ganâncias dos pais.”<sup>320</sup>

Sendo assim, nos casos de desobediência é possível haver a punição do filho, desde que o castigo atribuído seja de forma moderada.<sup>321</sup>

Dessa forma, superada a questão do poder familiar quanto à pessoa, necessário, pois, analisar o poder familiar quanto aos bens do menor. Conforme artigo 1.689 do Código Civil, em regra, os pais serão usufrutuários dos bens, bem como deverão administrá-los enquanto o filho for menor.<sup>322</sup>

---

<sup>317</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 505.

<sup>318</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 426.

<sup>319</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 508.

<sup>320</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 506.

<sup>321</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 427.

<sup>322</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507.



Tais funções devem ser exercidas por ambos os pais, nos casos em que houver separação o genitor guardião só poderá vender o bem mediante autorização do outro genitor,<sup>323</sup> sob pena de nulidade.<sup>324</sup>

Nas hipóteses em que confrontarem os interesses dos pais com o do filho, será necessária a nomeação pelo Juiz de um curador especial que irá representa-lo.<sup>325</sup> A exceção está devidamente elencada no artigo 1.693 do Código Civil, são elas:

“Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:  
I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;  
II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;  
III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;  
IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.”

Importante mencionar, que a primeira exceção visa evitar que ocorra o reconhecimento apenas por interesse do pai em usufruir os bens do filho.<sup>326</sup>

E ainda, ressalta-se que o inciso IV trata dos casos em que o pai é considerado como indigno dentro da sucessão, sendo assim, não poderá administrar os bens.<sup>327</sup>

Posto isso, necessário verificar as causas pelas quais encerra o poder familiar, são três: a extinção, suspensão e a perda do poder familiar.

A extinção é a mais amena por ser derivada da “*própria natureza*”. As causas estão dispostas no artigo 1.635 do Código Civil, são elas a morte, emancipação, maioridade, adoção ou por decisão judicial, nos moldes do artigo 1.638 do Código Civil.

Ressalta-se que morte de apenas um dos pais, não cessa o poder familiar do que sobreviveu.<sup>328</sup>

<sup>323</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 508.

<sup>324</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 429.

<sup>325</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 429.

<sup>326</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430.

<sup>327</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 431.

A emancipação que significa que os pais concordaram em tornar-se o filho maior de idade antecipadamente, por isto, deixam de exercer o poder familiar. Nesse mesmo sentido inclui a maioridade, quando o filho completa dezoito anos de idade.<sup>329</sup>

A adoção do filho por outrem também extingue o poder familiar, tendo em vista que cessa os direitos e deveres dos os antigos pais, transferindo-os a quem está adotando.<sup>330</sup>

Por último, mediante decisão judicial quando os pais perderem de forma definitiva o poder familiar, conforme será mencionado mais a frente.

As mesmas hipóteses acima são as que ensejam a suspensão do poder familiar, todavia, quando não praticada por reiteradas vezes. Ou seja, gera a suspensão quando o genitor agir com abuso de autoridade com o filho; descumprir as suas obrigações; prejudicar os bens dos filhos; ou quando for condenado por sentença transitada em julgado por crime cuja pena seja maior que dois anos.<sup>331</sup>

A suspensão é uma sanção aplicada pelo Juiz visando a proteção do filho. É de caráter temporário, por tratar de hipóteses com menor gravidade. Cabe ao Juiz analisar e decidir isoladamente quando cessar a suspensão.<sup>332</sup>

Na hipótese de suspender em face de apenas um genitor, ficará com o outro a integralidade do exercício do poder familiar. Caso não exista outro genitor, será nomeado um tutor para o menor.<sup>333</sup>

Por fim, a forma mais grave se dá pela perda do poder familiar, as hipóteses estão elencadas no artigo 1.836 do Código Civil, são elas: quando os pais castigarem o filho de forma imoderada; o abandonar; agir contra a moral e os bons

---

<sup>328</sup>RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 543.

<sup>329</sup>Ibidem, p. 543.

<sup>330</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 513.

<sup>331</sup>RIZZARDO, op. cit., p. 545.

<sup>332</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 438.

<sup>333</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 439.

costumes; e nos casos em que os pais abusarem de sua autoridade ou deixar de prestar com os deveres a eles atribuídos para com os filhos, por diversas vezes.<sup>334</sup>

Ressalta-se que a perda do poder familiar tem caráter permanente, o que significa que não será definitiva, tendo em vista que posteriormente pode o genitor, mediante ação judicial, recuperá-lo caso consiga comprovar que as causas que motivaram a perda se encerraram.<sup>335</sup>

Como efeito da filiação, nos casos em que os pais estejam separados, surge ao genitor que não reside com a criança, o dever de efetuar mensalmente o pagamento de pensão alimentícia, visando garantir a subsistência do filho.

A previsão legal encontra-se no artigo 1.703, do Código Civil aduzindo que: “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.”

Para Washington de Barros Monteiro, “o instituto dos alimentos entre parentes compreende a prestação do que é necessário à educação independentemente da condição de menoridade, como princípio da solidariedade familiar.”<sup>336</sup>

Nesse contexto, surgiu o Enunciado nº 344 da IV Jornada de Direito Civil, alegando que os alimentos também incluem os gastos relativos à educação e que não necessariamente será cessado quando completada a maioridade.<sup>337</sup>

Impende destacar que, em razão da incapacidade civil, enquanto perdurar a menoridade, não é necessário o filho provar que não possui meios suficientes para prover o seu próprio sustento. Todavia após completados dezoito anos é obrigatória a prova que, se realizada, os alimentos serão devidos até os vinte e quatro anos, que é aproximadamente a idade em que são concluídos os cursos superiores.<sup>338</sup>

---

<sup>334</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 544.

<sup>335</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 439.

<sup>336</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil 2: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 524.

<sup>337</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>338</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil 2: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 524-525.

Ademais, a filiação também gera efeitos sucessórios recíprocos entre os pais e filhos, pois, conforme preceitua Maria Helena Diniz, “tanto os ascendentes como os descendentes são herdeiros necessários; se o descendente reconhecido tem direito de herdar do ascendente, o ascendente também tem direito de suceder o descendente, já que o reconheceu.”<sup>339</sup>

## 2.2 FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Para muitos casais, engravidar pode não ser tão fácil, seja por motivo de infertilidade ou por motivo de esterilidade. Ressalta-se que a infertilidade significa “quando um casal não consegue engravidar após um ano de vida sexual ativa e continua, sem estar usando qualquer método contraceptivo”, trata-se de uma disfunção contida nos órgãos reprodutores. Já a esterilidade se dá pela “impossibilidade que tem o homem ou a mulher de produzir gametas (óvulos ou espermatozoide) ou zigotos (resultado da fusão entre óvulos e espermatozoides) viáveis.”<sup>340</sup> Assim, a esses casais que possuem algum impedimento em engravidar pelo meio tradicional, tornou-se viável a procriação através da reprodução humana assistida, graças aos grandes avanços da medicina.

A autora Tereza Rodrigues Vieira entende que essa busca por técnicas de reprodução não se limita apenas aos casos de infertilidade, em sentido amplo, bem como o grande risco de transmissão de doenças hereditárias, que corroboram com o interesse dos casais nestas técnicas.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 560.

<sup>340</sup> FERTILIDADE. Infertilidade e esterilidade: você conhece a diferença? Clínica de Reprodução Humana. Disponível em: <<http://fertilidade.org/content/infertilidade-esterilidade-voce-conhece-diferenca>> Publicado em: 30/04/2014. Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>341</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Ensaios de Bioética e Direito. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 35.

### 2.2.1 Conceito

A reprodução assistida é denominada como “o conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilidade a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar.”<sup>342</sup>

Trata-se de um caso especial, quando não é possível ao casal engravidar pelo modo tradicional, isto é, através de relação sexual, seja devido ao problema de esterilidade ou por outro motivo no qual a fecundação no útero da mulher não é praticável.<sup>343</sup>

Ressalta-se que atualmente este é um assunto que gera bastante polêmica, uma vez que tal método tem adquirido cada vez mais importância, mas quanto ao âmbito jurisdicional, não há expressa regulamentação.<sup>344</sup>

Para Tereza Rodrigues Vieira é de extrema importância que seja estabelecido de imediato alguma lei visando regulamentar essa prática. Assevere ainda que:

“O papel da lei sobre a reprodução assistida deverá ser o de estabelecer limitar precisos visando assegurar inicialmente uma gravidez e um parto em boas condições. Ela deve prever a proteção da mulher e da futura criança, e para isso precisa definir as modalidades e condições para legitimar e proteger as pessoas envolvidas.”<sup>345</sup>

Tal iniciativa visa ainda proteger as pessoas que se submeteram ao procedimento de reprodução assistida. A lei deverá prever as hipóteses em que poderá a mulher utilizar-se destes recursos, bem como equacionar os benefícios e possíveis riscos a fim de garantir a proteção da saúde e do bem-estar do cidadão.<sup>346</sup>

### 2.2.2 Espécies

Basicamente, as técnicas de reprodução assistida dividem-se em três grupos. O primeiro trata da inseminação artificial, que é o meio mais antigo e também mais simples. Nesta técnica o sêmen será introduzido no fundo do colo do

<sup>342</sup> PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>> Publicado em: 28/02/2008. Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>343</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 435.

<sup>345</sup> VIEIRA, op. cit., p.45.

<sup>346</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Ensaios de Bioética e Direito. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 48-49.

útero na mulher, por meio de uma seringa. Dessa forma, a fecundação irá ser feita dentro da mulher. Quando o sêmen for do marido, a inseminação artificial será homóloga, e caso os gametas utilizados sejam de um terceiro doador, será denominada inseminação artificial heteróloga.<sup>347</sup> Em outras palavras, a inseminação artificial é a “introdução de forma artificial dos espermatozoides no aparelho genital feminino.”<sup>348</sup>

Já a segunda hipótese é a técnica denominada de fertilização *in vitro* ou inseminação extrauterina, na qual será extraído o óvulo da mulher e a fecundação será feita fora do seu corpo em um tubo laboratorial ou proveta. É injetado o espermatozoide no óvulo e posteriormente implanta-se o embrião no útero da mulher. Há ainda variantes desta técnica.<sup>349</sup>

A primeira delas é a chamada GIFT, onde serão inseridos na tuba uterina da mulher tanto o gameta masculino, quanto o feminino. Importante mencionar que a Igreja Católica apoia este método, quando feito com o material genético do casal. A segunda técnica é denominada TV-TEST, aqui o embrião que já se formou, e que está em estágio pré-nuclear, vai ser transferido por via vaginal, em proximidade com as tubas uterinas. A terceira técnica é a mais popular, trata da inseminação *in vitro*, na qual ocorre a inserção do espermatozoide dentro do ovócito e quando o embrião estiver formado será transferido pela via vaginal. A última técnica é conhecida como IAIU, onde o gameta masculino é inserido diretamente na tuba uterina através da via vaginal.<sup>350</sup>

Ressalta-se ainda, que não são todos os embriões que serão implantados, apenas uma parte deles, a outra parte serão criopreservados, isto é, serão congelados para utilização posterior, caso necessário, inclusive após a morte do doador, é a denominada reprodução *post mortem*.<sup>351</sup>

<sup>347</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436-437.

<sup>348</sup> INFOPÉDIA Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$reproducao-assistida](http://www.infopedia.pt/$reproducao-assistida)> Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>349</sup> CORRÊA, Marilena C. C. V.; COSTA, Cristiano. Reprodução. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reprodução/>> Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>350</sup> CORRÊA, Marilena C. C. V.; COSTA, Cristiano. Reprodução. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reprodução/>> Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>351</sup> PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>> Publicado em: 28/02/2008. Acesso em: 30 out. 2015.

Portanto, nesta técnica a fecundação é externa. Trata-se da forma mais popular e frequente de reprodução humana assistida.<sup>352</sup>

Por último, a terceira técnica se dá nos casos em que a mulher não consegue manter uma gestação, sendo assim, serão utilizados os mesmos procedimentos do método anterior, com a única diferença que o embrião será introduzido no corpo de uma segunda mulher “que coloca seu corpo à disposição para a gravidez e o parto.”<sup>353</sup> Esta técnica é mais conhecida como ‘barriga de aluguel’.

### 2.2.3 Reprodução assistida *Post Mortem*

A reprodução assistida *post mortem* trata de uma forma de reprodução, na qual o material genético masculino é inserido no útero da mulher após a morte do doador, fugindo, portanto, do método natural que consiste no ato sexual.<sup>354</sup>

Fala-se em reprodução assistida homóloga quando a mulher se utiliza do sêmen do seu próprio marido para concretizar a reprodução. Por outro lado, é denominada como reprodução assistida heteróloga, quando o doador do material genético é um terceiro na relação.<sup>355</sup>

Importante mencionar que o grande marco deste procedimento iniciou-se com o caso “*affair parpalaix*” em 1984 na França, onde o casal, Corine Richard e Alain Parpalaix, descobriram que Alain possuía câncer nos testículos e que a quimioterapia poderia deixá-lo estéril, ele decidiu guardar seu sêmen para que fossem utilizados após sua recuperação.<sup>356</sup>

Contudo, Alain acabou falecendo e logo após Corine solicitou ao banco de sêmen o material genético de seu marido para se submeter a inseminação artificial. Corine não obteve êxito, uma vez que o banco não lhe efetuou a entrega sob o argumento de que o sêmen só poderia ser entregue diretamente ao doador,

<sup>352</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 436.

<sup>354</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436.

<sup>355</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 437.

<sup>356</sup> SOUSA, Luana Gonçalves. Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 30 nov. 2015.

bem como que inexistia regulamentação que concedesse o direito a esposa efetuar a inseminação após a morte do marido.<sup>357</sup>

Irresignada, a viúva foi em busca de seus direitos no tribunal francês, que julgou procedente o seu pedido, determinando que o banco de sêmen enviasse de imediato o material genético a Corine. Todavia, devido a demora, não foi possível efetuar a inseminação, tendo em vista que o sêmen não seriam mais suscetíveis para serem fecundados.<sup>358</sup>

No Brasil, atualmente a única norma positivada que tratado embrião advindo de inseminação homóloga *post mortem* é a norma referente a presunção de filiação, prevista no artigo 1.597, inciso III, conforma já discutido acima.<sup>359</sup> Porém, uma lei que regule todo o procedimento da inseminação artificial, com a devida exposição dos direitos e deveres daquele filho, inexistente.

E ainda, para que a viúva consiga realizar a inseminação artificial com o sêmen deixado pelo marido, se faz necessária autorização escrita pelo *de cujus* informando a possibilidade de utilização daquele material genético após sua morte.<sup>360</sup>

Tal regra foi aprovada na Jornada de Direito Civil que fora realizada no Superior Tribunal de Justiça em junho de 2002.<sup>361</sup> Assim, sobreveio o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, dispondo:

“Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização do marido para que se utilize seu material genético após a morte.”<sup>362</sup>

Nesse sentido, também foi editada a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, dispondo que:

<sup>357</sup> SOUSA, Luana Gonçalves. Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>358</sup> Ibidem. Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>359</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 326.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 326.

<sup>362</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2016.



“No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”<sup>363</sup>

Posteriormente, foi revogada pela Resolução 2.013/2013 que se assemelhou com a resolução retro, aduzindo que:

No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.<sup>364</sup>

Por fim, a Resolução 2.013/2013 foi revogada pela 2.121/2015, entretanto em nada alterou o entendimento acima mencionado quanto à necessidade de autorização por escrito para que seja possível a utilização do material genético criopreservado após a morte.<sup>365</sup>

Ressalta-se que no momento da transferência do embrião para a mulher, conforme a resolução retro, só é permitida a implantação de no máximo 4 (quatro) embriões, a depender da idade da genitora. Assim, os embriões que não forem transferidos, vão ser criopreservados. Ou seja, o embrião criopreservado difere do embrião que ainda não foi formado. Na criopreservação, já houve uma tentativa de reprodução e o restante do material genético foi guardado, para o caso de não ser gerado aquele embrião implantado e, quando for congelado, o paciente deve informar se deseja ou não autorizar sua esposa a utilizar aquele material genético posteriormente.<sup>366</sup> É este o embrião de que trata a Resolução 2.121/2015.

E, ao contrário, se tem o embrião que ainda não foi fecundado, quando ainda não houve nenhuma tentativa de fertilização anteriormente. Neste caso, a reprodução poderá ser feita pela técnica GIFT, ou seja, os gametas, tanto masculino quanto o feminino, são inseridos na tuba uterina da genitora. Ou também, pode ser a técnica ICSI, conhecida como fertilização *in vitro*, na qual é realizada a junção do

<sup>363</sup> CONSELHO NACIONAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010 de 06/01/2011. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resoluções/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resoluções/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>364</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013 de 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>365</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121/2015 de 24/09/2015. <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>366</sup> SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética, In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado, São Paulo: RT, 2011. p. 184.

espermatozoide e do óvulo fora do corpo da mulher, que somente serão implantados na via vaginal após a criação do embrião.<sup>367</sup>

Neste caso, também se faz necessária a autorização escrita para que a mulher possa utilizar-se do material genético do homem, após a morte, da forma como determina o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal.<sup>368</sup>

Acerca da reprodução assistida, defende Sílvio de Salvo Venosa:

“Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema.”<sup>369</sup>

Dessa forma, enquanto não for regulamentada a reprodução assistida, tanto os médicos quanto aos pacientes se submetem apenas às resoluções e enunciados proferidos pelo Conselho Federal de Medicina.

Ressalta-se que em muitos outros países há determinação legal acerca do tema. Nos dias de hoje, na França, é proibida a prática da inseminação após a morte, ainda que a esposa possua autorização, tendo em vista que com o falecimento tal documento é dado sem efeito.<sup>370</sup>

Já na Inglaterra a lei autoriza o procedimento, contudo não resguarda direito sucessórios aos filhos advindos por este meio, salvo se o *de cujus* tiver deixado por escrito um documento que o contemple neste sentido.<sup>371</sup>

Na Espanha é vedado, a não ser que o marido tenha deixado autorizada a mulher a utilizar o material genérico até doze meses depois de seu falecimento. E também, “se a mulher já se submeteu a um processo de reprodução assistida,

<sup>367</sup> CORRÊA, Marilena C. D. V.; COSTA, Cristiano. Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://gente.org/temas/reprodução>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>368</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>369</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256.

<sup>370</sup> SOUSA, Luana Gonçalves. Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>371</sup> Ibidem. Acesso em: 30 nov. 2015.

iniciado para a transferência de embrião formado antes do óbito de seu marido, presume-se outorgado o consentimento dele.”<sup>372</sup>

Por fim, Maria Helena Machado assevera que aquele concebido através de inseminação artificial *post mortem* não irá possuir nenhuma vantagem, ainda, piorada sua situação pelo fato de já nascer órfão.<sup>373</sup>

Há divergência na doutrina acerca da possibilidade ou não de inseminação artificial póstuma. A autora Maria Helena Diniz não concorda com tal técnica, mas também não descarta a necessidade de regulamentação, tendo em vista que é um método bastante utilizado nos dias atuais.<sup>374</sup>

No mesmo sentido, Eduardo Oliveira Leite assevera que:

“A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável.”<sup>375</sup>

Da mesma forma, Guilherme Calmon Nogueira da Gama também defende a não possibilidade da reprodução assistida póstuma, cuja técnica fere “os princípios da paternidade responsável, dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos.”<sup>376</sup>

Em contrapartida, alegando ser possível a reprodução assistida *post mortem*, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho defende que tal possibilidade se dá em razão dos princípios da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar e do princípio da isonomia de direito entre os filhos. Ademais, justifica que “o

<sup>372</sup> SOUSA, Luana Gonçalves. Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>373</sup> MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos. 1 ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 109.

<sup>374</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 478.

<sup>375</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

<sup>376</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. Palestra proferida no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, Família e patrimônio: um novo olhar, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte.”<sup>377</sup>

Nos mesmos fundamentos, Douglas Phillips Freitas defenda a possibilidade, alegando ainda que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.<sup>378</sup>

Arnaldo Rizzardo, se mostra a favor da fecundação artificial, inclusive em sua obra alega que tal técnica é utilizada há muito tempo. Na oportunidade, cita uma passagem da Bíblia em que Sara diz pra Abraão: “Não tendo Javé permitido que eu tivesse filhos, peço-te que te unas à minha criada; ao menos por meio dela, talvez, eu tenha filho.”<sup>379</sup>

Portanto, verifica-se que os dois entendimentos baseiam-se em grandes fundamentações,<sup>380</sup> bem como a discussão gerada se inicia pelo fato de que no Brasil não existe nenhuma legislação que visa proibir ou, simplesmente, admitir as técnicas de reprodução assistida *post mortem*.<sup>381</sup>

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro ainda tem muito que regulamentar acerca da reprodução humana assistida, tendo em vista que com os avanços da medicina, este tem sido um método cada vez mais utilizado entre a sociedade.

No Brasil, existe o Projeto de Lei nº 1.184/2003 apresentado ao Senado Federal pelo ex-senador e médico Lúcio Alcântara que, conforme o artigo 1º, visa o PL regulamentar “o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no

<sup>377</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 177.

<sup>378</sup> FREITAS, Douglas Phillips. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>379</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435.

<sup>380</sup> FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessórios. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>381</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 172.

organismo de mulheres receptoras”. Ademais, discorre o PL das demais questões inerentes a esta técnicas, tais como os princípios gerais, consentimento das partes, serviços de saúde e profissionais, doações, gametas e embriões, filiação da criança e das infrações e penalidades.<sup>382</sup>

Ressalta-se que a este projeto estão apensados outros quinze projetos de leis, dentre eles a PL 4.686/2004, que visa regulamentar também a questão sucessória dos embriões advindo da reprodução assistida,<sup>383</sup> PL 7.701/2010, que trata exclusivamente da utilização do material genético do marido ou companheiro após a morte,<sup>384</sup> e PL 4.892/2012, visando instituir a reprodução assistida, com os seus efeitos.<sup>385</sup>

Com efeito, o Projeto de Lei nº 1.184/2003 já foi aprovado pelo Senado Federal e atualmente encontra-se desde 18/08/2015 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aguardando Audiência Pública para debater sobre o tema.<sup>386</sup>

Todavia, o Projeto de Lei nº 1.184/2003 encontra-se desatualizado, uma vez que “impõe limites a métodos já popularizados há alguns anos pelas clínicas, como a barriga de aluguel entre membros da família e a procriação de casais homossexuais.”<sup>387</sup>

<sup>382</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>383</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>384</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>. Acesso em: 10/04/2016 às 21:43h

<sup>385</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>386</sup> CAMARA LEGISLATIVA. Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>387</sup> CAMARA LEGISLATIVA. Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Por fim, conforme lições de Franciele Pisetta, não há que se falar que concepção à época do falecimento do homem de inseminação artificial, pelo motivo de que “apenas existem espermatozoides e óvulos criopreservados.”<sup>388</sup>

Quanto à fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* ocorrem duas situações distintas: (i) quando a clínica realiza a fecundação na mulher, com o espermatozoide congelado do falecido, neste caso, a morte ocorre depois da formação do embrião, assim inexiste concepção ao tempo do falecimento, e (ii) quando já existe embriões criopreservados na clínica, cuja “coleta das células germinativas e a fecundação ocorreu antes da morte do homem”, e nesta hipótese há concepção antes do óbito.<sup>389</sup>

---

<sup>388</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 122.

<sup>389</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 122.

### 3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO MEDIANTE TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA

Para muitos casais que possuem problemas em gerar um filho, se faz necessário recorrer a outros meios para que possam realizar o seu sonho. Assim, aqueles que optam pelas técnicas de reprodução assistida, acabam armazenando o seu material genético até que se concretize com sucesso o procedimento da fecundação.<sup>390</sup> Entretanto, pode acontecer do homem vir a óbito antes que seja efetivamente gerado o filho, assim, ainda será possível o filho ser gerado após a abertura da sucessão, isto é, após a morte do seu genitor, desde que haja autorização deixada pelo falecido para este fim.

Dentro da sucessão legítima, parece ser lógica a ideia de que todos os filhos terão o direito de participar da herança de seu pai, independentemente da sua origem.<sup>391</sup>

O problema se inicia ao tratar dos direitos sucessórios destes embriões concebidos mediante técnicas de reprodução assistida após a morte do pai. A questão não se mostra ser tão simples e eficiente,<sup>392</sup> uma vez que carece de regulamentação específica que vise esclarecer a possibilidade ou não da participação na herança.

Dessa forma, necessário analisar o princípio constitucional da isonomia entre os filhos, em contrapartida ao preceito previsto no artigo 1.798, do Código Civil, bem como o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, para que se possa concluir qual a melhor solução para o caso concreto.

---

<sup>390</sup> FERTILIDADE. Infertilidade e esterilidade: você conhece a diferença? Clínica de Reprodução Humana. Disponível em: <<http://fertilidade.org/content/infertilidade-esterilidade-voce-conhece-diferenca>> Publicado em: 30/04/2014. Acesso em: 30 out. 2015.

<sup>391</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga *post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 119.

<sup>392</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga *post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 119.

### 3.1 QUEM É O FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO?

Para que seja analisada a questão dos direitos sucessórios do filho concebido após a abertura da sucessão, é de suma importância esclarecer quem é o filho concebido após a abertura da sucessão e se ele pode ou não ser considerado nascituro.

Dessa forma, conforme já mencionado em linhas anteriores, o Código Civil Brasileiro acolheu o princípio da coexistência, com respaldo legal no artigo 1.798 CC/02, que aduz que somente as pessoas vivas ou já concebidas são legitimadas a suceder à época da abertura da sucessão. Ou seja, a regra é que a pessoa tem que coexistir no momento do falecimento, para que possa ser legítima a participar da sucessão ou, ao menos, estar concebida.<sup>393</sup>

Entretanto, o princípio da coexistência não é absoluto, prevendo como única exceção a possibilidade de, através de testamento, o testador contemplar a prole de uma pessoa indicada, desde que nasça com vida. Em outras palavras, trata a exceção da possibilidade do testador contemplar a prole eventual.<sup>394</sup>

Essa viabilidade está devidamente prevista no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, nos seguintes moldes: “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”

Impende destacar que, a contemplação da prole eventual não é uma previsão certa, de forma que somente será deferida a sucessão se ocorridas duas situações. A primeira é que a prole seja concebida e venha a nascer com vida, cujo nascimento com vida é requisito para o deferimento da deixa testamentária.<sup>395</sup> O segundo caso, é que para ser contemplado, o herdeiro deve ser concebido no prazo de dois anos, com base na previsão do artigo 1.800, § 4º que prevê: “§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão

---

<sup>393</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

<sup>394</sup> MIRANDA, Pontes de. Direito das Sucessões, Sucessão Testamentária: testamento em geral. atual. por Giselda Hironaka e Paulo Lobo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, LX, p. 59.

<sup>395</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.



aos herdeiros legítimos.” Cumpridos os requisitos, o herdeiro será contemplado, nos moldes do testamento.

Feitos estes esclarecimentos, é possível verificar que, ao tratar dos artigos mencionados, passamos a ter duas situações diferentes.

No que tange ao princípio da coexistência, temos a figura do nascituro. Trata-se aqui do ser que já foi concebido, entretanto, ainda não nasceu com vida. A autora Silma Mendes Berti, vai além, aduzindo que:

“A expressão nascituro, preferida pela linguagem jurídica brasileira, para indicar apenas o ser concebido, durante o tempo em se encontra no seio materno, que o acolhe e o protege. Melhor dizendo, e para ser fiel ao sentido que se lhe dá a língua latina, para indicar aquele que vai nascer, embora se lhe aplique também o sentido do ser concebido que ainda se encontra no ventre materno.”<sup>396</sup>

Destaca-se que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, conforme elenca o artigo 2º do Código Civil, aduzindo que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida, mas ressaltando o caso dos nascituros que terão os seus direitos resguardados desde a concepção.

No que tange aos direitos sucessórios, estes também serão garantidos ao nascituro, se vier a nascer com vida, pois, conforme já mencionado, o artigo 1.798, do Código Civil, assevera como legitimado a suceder o ser já concebido.

Por outro lado, ao tratar da prole eventual, se tem a figura do concepturo, ou seja, é aquele ser que ainda não foi concebido, todavia há grandes chances que a sua concepção venha a se concretizar.<sup>397</sup>

Com efeito, a lei traz somente a possibilidade dos direitos sucessórios dos concepturos serem resguardados, através da prole eventual contemplada em testamento.

Também se enquadra neste conceito, o ser que vier de técnicas de reprodução assistida do próprio testador,<sup>398</sup> tais como o embrião criopreservado.

<sup>396</sup> BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. Bioética: vida e morte. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p.69-94.

<sup>397</sup> RACHEL, Andrea Russar. *Qual é a diferença entre nascituro e concepturo?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1822527/qual-e-a-diferenca-entre-nascituro-e-concepturo-andrea-russar-rachel>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

A criopreservação é uma técnica que congela os gametas femininos, masculinos, bem como os embriões, a uma temperatura cerca de 196°C negativos, para que futuramente eles possam ser utilizados.<sup>399</sup>

Dentro deste contexto, Flávio Tartuce entende que:

“O legislador, ao formular a regra contida no atual art. 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718, do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é apenas necessária a espera do momento do nascimento para verificar-se se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto.”<sup>400</sup>

Nesse sentido, surgem grandes controvérsias acerca da possibilidade do embrião criopreservado, formado antes da abertura da sucessão, já ser considerado nascituro ou não. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é necessária apenas a espera do nascimento para verificar-se se houve a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto.”<sup>401</sup>

Primeiramente, para análise da questão, impende destacar que a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como a Lei da Biossegurança, em seu artigo 5º, permite que os embriões congelados por período superior a três anos, que não vieram a ser utilizados, poderão ser doados para fins de pesquisa e terapia com as células-tronco embrionárias, vejamos:

“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta

<sup>398</sup> LIMA, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira. Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai. Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11594](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11594)>. Acesso em: 15 abr.2016.

<sup>399</sup> PROCRIAR. *O que é criopreservação?* Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>>. Acesso em 15 abr. 2016.

<sup>400</sup> TARTUCE, Flávio. *Comentários à prova de segunda fase do MP/SP – 2005*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=questoes&id=54>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>401</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito das Sucessões*. 2. Ed. Belo Horizonte Del Rey, 2007. P. 214-219.

Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

Em razão desta permissão legal, foi ajuizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510,<sup>402</sup> pelo Procurador Geral da República, visando questionar a constitucionalidade do artigo.<sup>403</sup>

---

<sup>402</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraterno às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraterna legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

**IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

**V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.** A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

**VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA.** O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de

A alegação para o ajuizamento da ADI nº 3.510 foi que a utilização para pesquisas dos embriões acabava por violar o artigo 5º, caput, da Constituição Federal que traz o direito a vida.<sup>404</sup>

Entretanto, conforme se pode observar, o Colendo Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do artigo, justificando que a concepção não se confunde com o nascituro, pois que estes somente passam a existir no

---

nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

<sup>403</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>404</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

momento em que for introduzido no útero feminino e, por este motivo, não lhes seria conferida a proteção jurídica, *in verbis*:

Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.<sup>405</sup>

E, dessa forma, ainda alegou que, por não possuir a disposição legal reconhecendo quando se dá o início da vida humana, a Constituição Federal se refere apenas as pessoas vivas, ao tratar dos direitos e garantias da pessoa humana.<sup>406</sup>

Concluiu-se afirmando que a Lei de Biossegurança, em verdade, visa com a mencionada pesquisa buscar cura para diversas doenças acometidas pela sociedade, portanto, seria então uma junção da ciência com o direito à saúde.<sup>407</sup>

Já no que tange ao posicionamento doutrinário, a corrente minoritária é no sentido de aceitar a possibilidade do embrião criopreservado ser considerado nascituro. Eduardo de Oliveira Leite defende que a todo embrião deveria ser dada a mesma proteção jurídica que aqueles que já vieram a nascer com vida.<sup>408</sup>

Através deste entendimento, verifica-se que não seria possível o embrião ser doado para pesquisas, uma vez que os seus direitos deveriam prevalecer sobre os direitos da coletividade.<sup>409</sup>

<sup>405</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>406</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>407</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>408</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 71-89.

<sup>409</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 71-89.

A autora Maria Helena Diniz, também se posiciona neste sentido, dispondo que não há que se fazer quaisquer distinções entre a concepção realizada *in vivo* e a concepção oriundas da técnica de fertilização *in vitro*. Alerta ainda que, diante da lacuna legislativa acerca do tema, a autora defende que no artigo 2º do Código Civil, deve ser inserido também o embrião que ainda não foi transferido ao útero materno.<sup>410</sup>

De forma diversa e compondo a doutrina majoritária, que entende não ser possível equiparar o embrião criopreservado com o nascituro, o autor Silvio de Salvo Venosa sustenta que não cabe falar em direitos dos embriões oriundos de técnicas de reprodução assistida, isto, pois, o autor defende que é a partir da implantação do embrião no útero da mulher que surge o nascituro, que a lei põe a salvo os seus direitos.<sup>411</sup>

Da mesma forma, Paulo Lobo aduz não ser sustentável o entendimento de que a concepção ocorre somente com a penetração do espermatozoide no óvulo, pois, a penetração não impede que aqueles embriões sejam armazenados ou descartados, caso o casal não o deseje mais implantá-los.<sup>412</sup>

O autor Santos Cifuentes, também alega que não há comparações entre o embrião extracorporal com o nascituro, sustentando que:

“Talvez, para a fecundação e concepção natural no seio materno, mantenham-se as bases de sustento das normativas de nossos códigos, em suas diferentes linhas (pessoa a nascer; pessoa concebida sob condição suspensiva ou resolutiva; prazos máximos e mínimos e presunções a favor do concebido, a espera do nascimento para retroagir). Porém o método extracorporal abrange um panorama que não permite sequer comparação, tanto para fixar o começo da sua personalidade, como sua formação e suas vicissitudes.”<sup>413</sup>

No mesmo sentido, o doutrinador Luis Roberto Barroso defende que nos casos dos embriões oriundos de fertilização *in vitro*, estes não podem ser considerados pessoa, pelo fato de não ter nascido com vida, tão pouco serão considerados nascituros, por ainda não ter sido concretizada a transferência do embrião ao útero da mulher.

<sup>410</sup> DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Ed. Saraiva. 9ª Edição. 2014.

<sup>411</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, p.110.

<sup>412</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

<sup>413</sup> BARBOSA, Heloísa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/protecao.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

E assim, Silmara Juny A. Chinellato Almeida também alega que a situação jurídica do embrião congelado não se confunde com o nascituro, pois somente a partir do nascituro que passa a existir um ser, aduzindo ainda que deve ser dado ao embrião *in vitro* uma proteção “de pessoa virtual ou *in fieri*.”<sup>414</sup>

Portanto, pela análise realizada, ainda que existam grandes controvérsias acerca do tema, tem-se que a posição mais acertada parecer ser a de que o embrião criopreservado não pode ser considerado como nascituro, sendo assim não está abarcado pelo princípio da coexistência e a ele não será conferida proteção jurídica, o que, por outro lado, não significa que ele não possuirá direitos sucessórios, conforme será demonstrado.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Durante a vigência do Código Civil de 1916, haviam várias classificações para os filhos, que acabavam os colocando em situações de desigualdade em relação aos seus direitos e benefícios.<sup>415</sup> Para aqueles que provinham do casamento, era atribuído o nome de filho legítimo, por outro lado, os ilegítimos eram aqueles fruto de uma relação concubinária ou eventual.<sup>416</sup>

De acordo com Washington de Barros Monteiro, a ilegitimidade classificava-se ainda em natural, quando os pais não possuíam impedimento para celebração do casamento, e espúrios, quando havia impedimento matrimonial. Quanto aos espúrios, dividiam-se em incestuosos, quando o impedimento resultasse da proximidade de parentesco entre os pais da criança, e adulterino, quando em virtude da existência de casamento já contraído por uma das partes, ou ambos.<sup>417</sup>

Já para Caio Mário da Silva Pereira, de forma mais sucinta, quando ilegítimos, os filhos poderiam ser classificados em: natural, quando os pais não

---

<sup>414</sup> ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

<sup>415</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423.

<sup>416</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 352.

<sup>417</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423.



possuíam impedimento matrimonial, adulterino, se uma das partes não poderiam contrair casamento, e incestuoso, se impedido em virtude de vínculo próximo de parentesco.<sup>418</sup>

Nesse contexto, somente possuíam a presunção de filiação, os filhos legítimos, ou seja, apenas os filhos que eram concebidos na constância do matrimônio <sup>419</sup> e, da mesma forma, apenas os legítimos poderiam ser reconhecidos.<sup>420</sup>

Impende destacar, que toda a distinção entre a filiação, se dava em virtude da valorização que possuía o casamento, de modo que as leis o protegiam contra qualquer situação que pudessem o abalar ou impedir, como a existência de um filho fora do matrimônio.<sup>421</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou vedada, por meio do artigo 227, § 6º, qualquer tipo de designações que discriminem os filhos, bem como estabeleceu o princípio da igualdade de direitos e garantias entre os filhos, independentemente de sua origem.<sup>422</sup>

Tal modificação foi considerada um marco no âmbito do direito da família. A igualdade ou isonomia trazida fez com que os filhos passassem a ter os mesmos direitos, deixando de lado toda e qualquer injustiça.<sup>423</sup>

É de se mencionar, que o casamento ainda possui grande relevância, todavia a dignidade humana do filho, junto ao princípio do melhor interesse da criança, tornaram-se ainda mais importante neste cenário.<sup>424</sup>

---

<sup>418</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 352.

<sup>419</sup> ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. Direito de Família e das Sucessões. ed. Harbra, 2004, p. 71.

<sup>420</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 339.

<sup>421</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 282.

<sup>422</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil 2: direito de família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 425.

<sup>423</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 282.

O tratamento igual entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, também foi ratificado pelo atual Código Civil, em seu artigo 1.596, nos mesmos moldes da Constituição Federal, dispondo que:

“Art. 1596: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Dessa forma, Paulo Lobo entende, brilhantemente, que:

“Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.”<sup>425</sup>

Entretanto, Maria Berenice Dias alerta que o referido artigo somente menciona expressamente os filhos consanguíneos e os adotivos, não englobando, portanto, as outras formas de filiação, tais como a filiação socioafetiva e a advinda da fecundação heteróloga.<sup>426</sup> Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 370067/RS da 5ª Turma, reconheceu a filiação socioafetiva, ao estender o conceito de filiação, entendendo que: “por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo.”<sup>427</sup>

Na mesma linha de entendimento, Paulo Lobo possui uma interpretação ampla, entendendo que os filhos a que se refere a norma são tanto os de origem biológica, quanto não biológica, estando todos em iguais condições de direitos e obrigações.<sup>428</sup> O autor, ainda, aduz que, pelo fato de estar expresso o princípio da isonomia entre os filhos na Constituição, não precisaria o Código Civil ter a reproduzido novamente, uma vez que a norma constitucional “é dotada de força

<sup>424</sup>NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 282.

<sup>425</sup> LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.217.

<sup>426</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 391.

<sup>427</sup>NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 282.

<sup>428</sup> LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.217.

normativa própria, suficiente e autoexecutiva”. Porém, não há como desconsiderar que a sua reprodução acaba por reforçar o princípio da isonomia ou igualdade entre os filhos.<sup>429</sup>

### 3.2 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO AO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO

Na sucessão legítima, conforme preceitua o artigo 1.798 do Código Civil, serão chamadas a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no exato momento da morte.<sup>430</sup> Isto significa que, por este modo, é impossível que o filho concebido após a abertura da sucessão herde, por não preencher o requisito de estar, ao menos, concebido à época da morte.

Todavia, a única exceção se dá no âmbito da sucessão testamentária, o artigo 1.799 do Código Civil admite-se tal possibilidade para “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”<sup>431</sup>

Percebe-se, portanto, que há uma lacuna legislativa no que tange à possibilidade do embrião concebido *post mortem* herdar através da sucessão legítima. Nesse sentido, preconiza Tycho Brahe Fernandes que:

[...] se a criança já estiver concebida quando da morte do autor da herança, sendo deste herdeiro, herdará sem qualquer problema.  
Agora a legislação deverá enfrentar o problema das técnicas de reprodução assistida nas quais o embrião, o esperma do autor da herança ou o óvulo da autora estiver criopreservado quando de sua morte.<sup>432</sup>

Com efeito, a falta de regulamentação abriu espaço para vários posicionamentos doutrinários, uns contra e outros a favor da concessão dos direitos sucessórios aos filhos concebidos após a morte.

<sup>429</sup> LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.217.

<sup>430</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

<sup>431</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 112.

<sup>432</sup> FERNANDES, TychoBrahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. p. 118.

Vale destacar que, quanto ao nascituro, não há maiores problemas, é pacífico o entendimento de que, nascendo com vida, terá resguardado sua parte do acervo hereditário.<sup>433</sup>

Todavia, no presente caso, tratam-se dos embriões fruto de reprodução assistida póstuma. Como já visto, é possível serem contemplados através de disposição testamentária, porém o problema surge ao tratar da sucessão legítima.

Para o autor Jose Roberto Moreira Filho não há que se falar em direitos sucessórios pelo simples fato de não ter tido a concepção antes do falecimento do genitor, o que violaria o artigo 1.798, do Código Civil, que dispõe que apenas as pessoas já nascidas ou já concebidas se legitimam a suceder.<sup>434</sup>

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite afirma que o embrião somente tem a possibilidade de herdar na sucessão testamentária. Contudo, o autor alega ainda que a criação de uma norma legal é a solução para o caso, mas sem ela, não há que se falar em direitos sucessórios através da sucessão legítima.<sup>435</sup>

De uma forma mais radical, Tycho Brahe Fernandes sustenta “a impossibilidade de ser estabelecido o vínculo de filiação e o direito hereditário da criança concebida através destes processos caso não haja testamento lhe beneficiando”. Aduz ainda que a falta de testamento beneficiando a prole eventual, presume também a falta de concordância em ser utilizado o seu material genético para reprodução após a morte.<sup>436</sup>

Silvio Venosa concorda com os autores mencionados, no sentido de que não cabe falar em direitos sucessórios ao filho concebido após a morte do genitor, por violar o requisito de estar vivo no momento da abertura da sucessão, devidamente previsto no artigo 1.798 do Código Civil. Em contrapartida, defende o

<sup>433</sup>GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. Do direito das sucessões; arts. 1.784 a 1.911. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). Comentários ao código civil brasileiro. p. 41.

<sup>434</sup>MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>435</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito das sucessões: 1.784 a 2.027. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Comentários ao novo código civil, p. 105, 110.

<sup>436</sup>FERNANDES, TychoBrahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. p. 135.

autor que, caso o filho seja beneficiado com a prole eventual, poderá ser ajuizada a ação de petição de herança para que faça parte da sucessão, já que tal instituto possui previsão legal no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil.<sup>437</sup>

Impende destacar que, para Francieli Pisetta, o autor Silvio Venosa acaba se contradizendo. Em um primeiro momento, defende a ideia de que o embrião só poderá ser contemplado se for herdeiro testamentário. Em um segundo momento, aduz que, estando no testamento, poderá ingressar com ação de petição de herança.<sup>438</sup>

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama limita-se a discorrer acerca da discriminação do filho concebido após a morte por meio das técnicas de reprodução assistida, por só possuírem direito a herdar através do testamento e não pela sucessão legítima, já que a previsão legal é que somente serão legitimados aqueles que já tiverem nascidos ou, ao menos, concebidos, nos moldes do artigo 1.798.<sup>439</sup> Porém, de forma totalmente equivocada, o autor dispõe que o filho que não for contemplado com a sucessão do seu pai, poderá ajuizar ação de reparação por danos materiais em face de sua mãe e dos profissionais que concretizaram a reprodução assistida, por terem utilizado do material genético de quem já faleceu.<sup>440</sup>

Caio Mário, por sua vez, entende que, por não prever exceção quanto ao requisito de estar vivo à época da abertura da sucessão, conforme artigo 1.798 do Código Civil, não é possível o filho concebido após a abertura da sucessão, ser contemplado pela sucessão legítima. E ainda, assevera que para existir tal acontecimento a legislação deve prever expressamente sua possibilidade.<sup>441</sup>

Maria Helena Diniz aduz não concordar com as técnicas de reprodução assistida póstuma, sob o fundamento de que não há previsão legal para que seja

<sup>437</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. Do direito das sucessões; arts. 1.784 a 1.911. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). Comentários ao código civil brasileiro. p. 41-42.

<sup>438</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 136-137.

<sup>439</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. p. 733.

<sup>440</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. p. 733.

<sup>441</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. volume: V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 361.

realizada a reprodução, sustentando que deve existir legislação, no sentido de permitir ou simplesmente proibir tais técnicas, todavia, defende que por ser uma realidade nos dias atuais, o legislador precisa regulamentar o caso imediatamente.<sup>442</sup>

Já Silmara Juny Chinelato defende que se não tiver documento autorizando a mulher a concretizar a reprodução assistida póstuma, conforme a Resolução do CFM nº 2.121/2015, não há que se presumir que aquela pessoa deseja reproduzir um filho após a sua morte e que, nestes casos, o sêmen deveria ser destruído,<sup>443</sup> bem como que a reprodução envolver também os direitos de personalidade do falecido, sendo imprescindível a autorização.<sup>444</sup>

Karla Ferreira De Camargo Fischer, se mesmo sem autorização, a reprodução for realizada com sucesso, deve-se considerar que o material genético foi oriundo de um terceiro, doador, não ensejando, portanto, qualquer tipo de direitos no âmbito familiar e sucessório, uma vez que, para a autora, o procedimento só deve ser realizado quando a mulher possuir autorização expressa do cônjuge para que seja possível realizar a fecundação após a sua morte.<sup>445</sup>

Assim, o entendimento da corrente contra a concessão de direitos sucessórios aos filhos concebidos mediante técnicas de reprodução assistida póstuma é que tal direito não pode ser concedido em visto do artigo 1.798, do Código Civil, que somente legitimam a sucederem as pessoas vivas ou, ao menos, concebidas à época da abertura da sucessão.

Por outro lado, Francisco José Cahali acredita não ser razoável negar direitos sucessórios nestes casos, contudo, assim como os autores já mencionados, alerta a necessidade de uma solução legislativa.<sup>446</sup> Ora, se há presunção de paternidade, legalmente aquele embrião é considerado filho e que, em razão do

<sup>442</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 478.

<sup>443</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

<sup>444</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

<sup>445</sup> FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>446</sup> CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: Direito das sucessões e o novo código civil. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). p. 21.

princípio da igualdade, deveria possuir os mesmos direitos e privilégios que seus irmãos. Todavia, não é o que acontece, tendo em vista a falta de regulamentação de direitos sucessórios para os filhos concebidos *post mortem*, o que acaba violando expressamente o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Oportunamente, assevera Maria Berenice Dias que não há justificativa para que o herdeiro seja excluído da sucessão, unicamente pelo fato de ter sido concebido após a morte, uma vez que o embrião é filho, que foi concebido por vontade do genitor. Ademais, alerta que o legislador não permitiu nenhuma exceção ao princípio da igualdade previsto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal, portanto não havendo motivo para que haja discriminação entre os direitos dos filhos. E ainda:

“A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...] Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho.”<sup>447</sup>

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, todo e qualquer filho deve gozar dos mesmos direitos e proteções, tanto em relação aos direitos patrimoniais quanto aos pessoais, em razão do princípio constitucional da isonomia entre os filhos elencado no artigo 227, §6º, da Constituição Federal. Dessa forma, toda norma que intente contra tal princípio entre os filhos, devem ser repelidas do nosso sistema jurídico.<sup>448</sup>

Corroborando com este entendimento, Giselda Maria Fernandes Hironaka compreende que, após preenchidas as determinações do Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, o filho concebido após a morte do genitor tem a possibilidade de herdar e justifica:

“A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo,

<sup>447</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 123-124.

<sup>448</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111.

assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.”<sup>449</sup>

Ademais, aduz Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho que:

“Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.”<sup>450</sup>

E ainda, não só na Constituição Federal e no Código Civil, mas a vedação a qualquer tipo de discriminação aos filhos também é ratificada no Pacto de São José da Costa Rica, que o Brasil é adepto. Aduz no item 5, artigo 17 que: “A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.”<sup>451</sup>

Portanto, não parece ser razoável deixar o filho concebido após a morte do genitor fora da sucessão, uma vez que sua concepção só foi concretizada, por expressa vontade do genitor. E tal fato ocasiona séria violação ao princípio constitucional da igualdade de direitos entre os filhos, merecendo, portanto, a atenção do Estado para sanar a omissão legislativa.<sup>452</sup>

Paulo Nader dispõe que “a sucessão se opera no momento da morte, ficando a salvo os direitos do nascituro,” conforme dispõe o princípio de *saisine*, todavia aduz que no presente caso ainda não há o nascituro. Logo, propõe o autor fazer uma interpretação do artigo 2º do Código Civil para que passe a constar os direitos do nascituro e do embrião, visando garantir a igualdade entre o nascituro e o embrião que será formado, porém com prazo determinado para que o filho ingresse no processo de inventário, para também evitar que o acervo hereditário reste por

<sup>449</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em 11 abr. 2016.

<sup>450</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório: família e dignidade humana*. V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Anais... São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 175.

<sup>451</sup> PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 145.

<sup>452</sup> PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 158-159.



longo prazo em forma de condomínio, o que poderia prejudicar os demais herdeiros.<sup>453</sup>

Para Ana Luiza Maia Nevares, o fato do sistema jurídico garantir o reconhecimento do filho gerado mediante reprodução assistida póstuma, mas não conceder direitos sucessórios, incorre em expressa violação ao princípio garantidor da isonomia entre os filhos.<sup>454</sup>

Também adepta a esta ideia, Sandra Marques Magalhães defende que jamais poderá ser afastado os direitos sucessórios do filho que, inclusive, foi reconhecido juridicamente como pai, já que a Constituição prevê a igualdade de direitos entre os filhos, sem exceções.<sup>455</sup>

Sobre o tema, há vários artigos escritos no Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, dentre os quais se destaca o da autora Karla Ferreira de Camargo Fisher que assim entende:

“Assim, deve-se assegurar ao sujeito nascido pela técnica de inseminação póstuma ter sua paternidade reconhecida, bem como ter seus direitos sucessórios reconhecidos, todavia, desde que a concepção ocorra dentro de um prazo determinado, o qual deveria ser disciplinado em legislação infraconstitucional. Entretanto, enquanto a referida lei não adentra no ordenamento jurídico pátrio, recomenda-se a utilização do prazo de dois anos trazido pelo § 4º, do art. 1.800, do CC/2002, a fim de que os outros sucessores, já concebidos no momento da abertura da sucessão, não fiquem em uma insegurança *ad eterna* com relação ao quinhão hereditário recebido.”<sup>456</sup>

Dessa forma, percebe-se que o argumento utilizado pela corrente que defende o direito sucessório do filho oriundo de técnicas de reprodução assistida *post mortem* é a igualdade de direito entre os filhos, devidamente previsto na Constituição Federal, no artigo 227, § 6º.

Ademais, se tem a realidade de que o direito a herança é um direito fundamental, devidamente previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

<sup>453</sup>NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 287-288.

<sup>454</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. p. 237.

<sup>455</sup>MAGALHÃES, Sandra Marques. Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*. Coimbra Editora, 2010, p. 162-163.

<sup>456</sup>FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessórios. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Os direitos fundamentais foram criados para garantir o mínimo de condições aos seres humanos,<sup>457</sup> que não devem em hipótese alguma serem infringidos.

Como se não bastasse, o princípio da igualdade de direitos entre os filhos, também é um direito fundamental previsto no artigo 227, § 6º, e, por estar na Constituição Federal, também deve estar acima de qualquer outra norma legal.

Justifica-se o alegado, pois que a Constituição Federal é dotada de força normativa, é a Lei Maior do Estado, devendo todas as suas disposições terem efetividade plena.<sup>458</sup>

Nesse sentido, aduz Anderson Sant'Ana Pedra que “o princípio da máxima efetividade das normas apregoa que as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que a eficácia da Lei Maior seja plena, máxima.”<sup>459</sup>

Por fim, demonstra-se que não deve o artigo 1.798, do Código Civil, que dispõe que somente as pessoas já nascidas ou já concebidas possuem legitimidade para herdar, prevalecer sobre o princípio da isonomia de direitos entre os filhos, elencada no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como sobre o direito fundamental a herança disposto no artigo 5º, inciso XXX, também da Lei Maior, cuja suas disposições devem ser dotadas de máxima efetividade.

Portanto, ressalta-se que ambos os argumentos, tanto a favor, quanto contra a concessão de direitos sucessórios aos filhos concebidos após a morte, não possuem, de fato, uma doutrina majoritária.

A autora Francieli Pisetta dispõe ainda que: “as divergências são compreensíveis diante da gama de aspectos que estão envolvidos nesta temática: jurídico, médico, ético, religioso, etc.”<sup>460</sup>

---

<sup>457</sup> SANTIAGO, Emerson. Direitos fundamentais. Disponível em:

<<http://www.infoescola.com/direito/direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>458</sup> COELHO, Bruna Fernandes. *O princípio da força normativa da Constituição e a máxima efetividade das normas*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-forca-normativa-da-constituicao-e-a-maxima-efetividade-das-normas,31982.html>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>459</sup> PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10064-10063-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

No que se refere à atual posição jurisprudencial, salienta-se que por se tratar de uma situação bem específica, não foi possível localizar julgados em que se discute exatamente se o filho concebido após a abertura da sucessão teria ou não direito de participar da herança do seu genitor. Todavia, no julgamento da Apelação no âmbito do processo nº 2008.01.1.149300-2 na 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, houve uma breve discussão acerca do tema.<sup>461</sup> Veja-se ementa:

“AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 33 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido.”<sup>462</sup>

Vale ressaltar que a autora da ação vivia em união estável com o seu falecido companheiro por período aproximado de 14 (quatorze) anos e ambos manifestaram o interesse em gerar um filho. Assim, o companheiro decidiu realizar o procedimento de reversão de vasectomia, que foi feito com sucesso. Todavia, por ser portador de neoplasia maligna, decidiu armazenar o sêmen, devido ao tratamento ser bastante violento, para que isso não influenciasse posteriormente.<sup>463</sup>

<sup>460</sup>PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga *post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 142.

<sup>461</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>462</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>463</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi->

Dessa forma, realizou contrato com a empresa ré, responsável por armazenar o sêmen, porém acabou falecendo em 2007. No mesmo ano, a ré entrou em contato com a autora informando que estaria encerrando suas atividades e, por isso, o material teria que ser retirado.<sup>464</sup>

Contudo, a autora foi impedida de fazer a retirada por não possuir autorização expressa para que pudesse realizar o procedimento após o óbito do seu companheiro. Dessa forma, foi ajuizada a mencionada ação de conhecimento, para tentar remover o sêmen que estava guardado pela empresa ré e, conseqüentemente, utilizá-lo em a reprodução assistida.<sup>465</sup>

Em primeira instância, foi dada sentença procedente à autora pela 7ª Vara de Família de Brasília. Entretanto, a empresa ré interpôs recurso de Apelação, que reformou a sentença, julgando improcedentes os pedidos. Importante mencionar, que houve debate acerca da lacuna legislativa presente no caso.<sup>466</sup>

A Relatora, Desembargadora Nídia Correia Lima, foi voto vencido, entendendo pela manutenção da sentença, uma vez que havia clara presunção de vontade do companheiro em gerar um filho, por ter revertido o procedimento de vasectomia e ter congelado o sêmen.<sup>467</sup>

---

bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A PC>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>464</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A PC>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>465</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A PC>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>466</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A PC>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>467</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A PC>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

Ademais, informou ainda que a empresa ré que deveria ter sido responsável por alertar o casal acerca da necessidade da mencionada autorização.<sup>468</sup>

Por outro lado, o Revisor e o Desembargador Presidente, entenderam que não se pode presumir que o companheiro desejasse ter um filho após a sua morte, bem como defenderam que a criança iria nascer sem a figura paterna. Por fim, informaram que a Resolução do Conselho Medicina que dispõe a necessidade de autorização expressa para que a mulher concretize a reprodução assistida após a morte do seu companheiro/marido, deve ser observada e sem ressalvas.<sup>469</sup>

Ressalta-se que a resolução mencionada no acórdão é a atual Resolução 2.121/2015 que dispõe a obrigatoriedade do paciente em deixar expressa a sua vontade quanto ao destino do seu material genético para depois do seu falecimento, podendo autorizar ou não sua mulher a concretizar a reprodução assistida *post mortem*.<sup>470</sup>

Durante o voto, o Desembargador Getúlio Moraes Oliveira defende que ainda que fosse possível concretizar a inseminação após a morte, não haveria que se falar em direitos sucessórios, uma vez que não há legislação prevendo tal direito.<sup>471</sup>

Já o Desembargador Presidente, faz uma análise mais afundo. Alega que em virtude do artigo 1.798 do Código Civil dispor que só se legitimam as pessoas já nascidas ou já concebidas, a princípio o embrião fecundado após a morte não teria nenhum direito sucessório. Todavia, informa que a situação deve ser analisada além

<sup>468</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nidia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>469</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nidia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>470</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013 de 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>471</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nidia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

deste ponto de vista, observando algumas peculiaridades no que tange ao vínculo de filiação.<sup>472</sup>

Assim, defende que o artigo 227, §6 da Constituição Federal, assim como o artigo 1.596 do Código Civil e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, resguardam a isonomia de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem. E ainda:

“Qualquer solução restritiva de direitos que leve em consideração a qualificação ou a origem - por exemplo, fecundação artificial post mortem – certamente causará discriminação em relação aos demais filhos e, por consequência, violação à dignidade da pessoa humana.”<sup>473</sup>

E ainda, defendeu o Presidente Vogal que os direitos sucessórios possuem a função social de atender a subsistência dos sucessores. Dessa forma, apesar de julgar procedente a Apelação da empresa ré, devido a falta de autorização expressa da autora, conclui que nestes casos seria possível atribuir todas as consequências decorrentes do vínculo de filiação, assim como os direitos sucessórios.<sup>474</sup>

Em que pese a divergência quanto ao direito ou não do embrião concebido após a abertura da sucessão mediante técnicas de reprodução assistida ser contemplado na sucessão legítima do seu genitor, conforme se observa, a maioria dos doutrinadores questionam a falta de legislação para regulamentar tais casos.<sup>475</sup>

Ademais, a questão também gera controvérsias em outros países. Na Espanha é vedada a reprodução assistida *post mortem*, entretanto tem-se a

<sup>472</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>473</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>474</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002A>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>475</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 141.

possibilidade de ser resguardados os direitos do nascituro, desde que devidamente previsto em testamento ou escritura pública.<sup>476</sup>

Já na Espanha é aceita a inseminação póstuma, todavia a criança só poderá ter direitos sucessórios se o falecido tiver deixado testamento a contemplando.<sup>477</sup>

Na França é possível o reconhecimento dos direitos sucessórios do filho gerado após a morte, nos seguintes moldes:

“Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação *post mortem* quando o marido defunto expressou inequivocadamente a sua vontade, por ato notarial e sob condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte.”

Como solução ao problema, Guilherme de Oliveira alerta que “um mapa sucessório pode jamais estar definitivamente fixado”, isto porque pode surgir um novo herdeiro durante algum momento, desde que de fato possua qualidade para suceder, bem como que respeite o prazo prescricional, para que possa ser contemplado com a sua quota-parte sucessória.<sup>478</sup>

Insta ressaltar, mais uma vez, que o princípio da isonomia entre os filhos deixa claro que todos eles devem possuir os mesmos direitos, ainda mais porque não se mostra plausível a criança ser prejudicada uma vez que sequer teve culpa por ter nascido através da reprodução assistida póstuma.<sup>479</sup>

Portanto, já que no Brasil são frequentemente realizadas as técnicas de reprodução assistida homólogas *post mortem*, quando devidamente autorizada pelo falecido, entende-se que é necessário que seja garantido os direitos dos filhos assim oriundos, inclusive os sucessórios, visando a não infringência ao princípio constitucional da isonomia de direitos entre os filhos.

<sup>476</sup>MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>477</sup>ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>478</sup>OLIVEIRA, Guilherme de. Caducidade das ações de investigação. Lex Familia e Revista Portuguesa de Direito de Família, 2004. p. 54.

<sup>479</sup>PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 146.

Por outro lado, também não se pode permitir que o direito sucessório do filho concebido mediante reprodução assistida póstuma possa ser pleiteado *ad eternum*, sob pena de infringir o princípio da segurança jurídica aos demais herdeiros. Tal princípio é garantido pelo Estado e visa dar equilíbrio ao ordenamento jurídico, para que os cidadãos não fiquem prejudicados diante da dinamicidade do mundo jurídico.<sup>480</sup>

Segundo o doutrinador Carlos Aurélio Mota de Souza o princípio da segurança jurídica está associada a ideia de credibilidade, uma vez que a sociedade não daria créditos a um ordenamento jurídico que vive em constantes modificações.<sup>481</sup>

Diante disso, a solução para o presente trabalho é garantir os direitos sucessórios dos filhos que forem reproduzidos através das técnicas de reprodução assistida homóloga póstuma, mediante ação de petição de herança, com prazo prescricional de 10 (dez) anos.<sup>482</sup>

Ressalta-se que a petição de herança tem previsão legal no artigo 1.824, do Código Civil, nos seguintes moldes:

“Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.”<sup>483</sup>

Quanto ao prazo, a previsão se encontra no artigo 205, também do Código Civil, dispondo que na falta de prazo fixado, a prescrição ocorrerá em 10 (dez) anos, verifica-se: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

Portanto, visando não ferir o direito de isonomia, garantida no artigo 227, § 6º, do Código Civil, entre o filho que será concebido mediante técnicas de reprodução assistida *post mortem*, bem como garantindo a segurança jurídica dos

<sup>480</sup> SANTOS, Michelly. Princípio da segurança jurídica. 2015. Disponível em: <<http://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/171343529/principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>481</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de – Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico – São Paulo: LTr, 1996.

<sup>482</sup> PISETTA, Francieli. Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 147.

<sup>483</sup> BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.



demais herdeiros, a melhor solução ao caso é conceder direitos sucessórios ao filho, caso ele ingresse com petição de herança, dentro do prazo prescricional de 10 (dez) anos, fundamentado no artigo 206, do Código Civil.

Importante mencionar, que no Brasil existe um importante Projeto de Lei de nº 1.184/2003, apresentado pelo ex-senador e médico Lúcio Alcântara, visando regulamentar a questão da reprodução assistida.<sup>484</sup> Atualmente, após aprovação do Senado Federal, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aguardando Audiência Pública, desde 18/08/2015, para que seja realizado debate sobre o caso.<sup>485</sup>

O Projeto de Lei aborda as demais questões inerentes a esta técnicas, tais como os princípios gerais, consentimento das partes, serviços de saúde e profissionais, doações, gametas e embriões, filiação da criança e das infrações e penalidades.<sup>486</sup>

Junto ao Projeto de Lei nº 1.184/2003 possuem mais quinze projetos que dispõem sobre a reprodução assistida e, entre eles, o Projeto de Lei nº 4.686/2004, que trata sobre os direitos sucessórios dos embriões oriundos de tais técnicas,<sup>487</sup> o Projeto de Lei nº 7.701/2010, tratando da reprodução póstuma e o Projeto de Lei nº 4.892/2012, visando instituir os efeitos da reprodução assistida.

Como se pode observar, o Projeto de Lei nº 1.184/2003 foi criado em 2003, portanto, para alguns médicos, o seu texto já se encontra desatualizado, tendo em vista que ele possui limitações que já foram aceitas pela sociedade, como a

<sup>484</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>485</sup> CAMARA LEGISLATIVA. Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>486</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>487</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

barriga de aluguel entre familiares, bem como a procriação de casais homossexuais.<sup>488</sup>

Enquanto a reprodução assistida pende de norma que a regule, os pacientes, médicos e as clínicas de reprodução ficam sujeitos apenas às resoluções e enunciados proferidos pelo Conselho Federal de Medicina.

---

<sup>488</sup> CAMARA LEGISLATIVA. Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>> Acesso em: 10 abr. 2016.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho foi realizado um estudo acerca da possibilidade de reconhecimento do direito sucessório do filho concebido após a abertura da sucessão mediante técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Ante a falta de legislação específica para regulamentar a situação, buscou-se defender a possibilidade de aplicação de tal direito, sobretudo em razão do princípio constitucional da isonomia de direitos entre os filhos, devidamente previsto no artigo 226, § 6º da Constituição Federal.

Primeiramente, demonstrou-se como está disposta a atual norma legal pertinente aos direitos sucessórios, tanto em relação a sucessão legítima quanto a sucessão testamentária. Destarte, percebeu-se que, no tocante aos direitos sucessórios do filho concebido após a morte, o atual Código Civil só confere a possibilidade de ele herdar se o falecido tiver deixado testamento contemplando-o como prole eventual.

Quanto à sucessão legítima, carece de regulamentação, uma vez que é estabelecido como legitimados a participar da sucessão somente as pessoas já nascidas ou concebidas à época da morte, não prevendo qualquer exceção no tocante aos filhos concebidos após o falecimento mediante técnicas de reprodução assistida.

Em segundo plano, analisou-se a filiação decorrente de reprodução assistida, no ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se que, em que pese a reprodução assistida *post mortem* não estar devidamente regulamentada, bem como a doutrina e a jurisprudência não possuem entendimento pacífico acerca do tema, o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil prevê a presunção de filiação dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Por fim, foi averiguado se os filhos frutos de tais técnicas deveriam possuir ou não o direito de ser contemplado pela sucessão legítima do seu genitor, ora falecido.

Parte da doutrina sustenta a possibilidade do embrião oriundo de técnicas de reprodução assistida póstuma possui direitos sucessórios, fundamentando que a

Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, trouxe o princípio da igualdade de direitos entre os filhos, portanto, deve abranger também os direitos sucessórios, é o caso dos doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Giselda Maria Hironaka, Maria Berenice Dias e Francisco José Cahali.

Por outro lado, há a corrente contra a possibilidade do filho concebido após a abertura da sucessão possuir direito à herança, justificando que o artigo 1.798, do Código Civil não traz nenhuma exceção à regra de que, para ser legítimo a suceder, a pessoa deve estar viva ou, ao menos, concebida à época da abertura da sucessão, o que não é o caso. Sustenta esse posicionamento os autores Maria Helena Machado, Maria Helena Diniz, Eduardo Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Após o estudo do princípio constitucional da isonomia de direitos entre os filhos, bem como após a análise dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca do assunto, verificou-se que é mais adequada a posição pela qual o filho concebido após a morte deve sim possuir direitos sucessórios, da mesma forma como os demais oriundos pelos meios naturais.

Dessa forma, seria resolvido o problema em tela, através do ajuizamento da ação de petição de herança, obedecendo ao prazo prescricional de até 10 (dez) anos, que deverão ser contados a partir do nascimento com vida daquele embrião. Tal hipótese, inclusive, daria mais segurança jurídica aos demais herdeiros, uma vez que impediria que a petição de herança pudesse ser interposta *ad eterno*, portanto, arcando com os eventuais prejuízos, caso não fosse atendido o prazo prescricional.

Outrossim, o atual ordenamento jurídico deve buscar regulamentar a situação fática, visando, por fim, dirimir controvérsias acerca da possibilidade ou não do embrião oriundo da reprodução assistida homóloga póstuma possuir direitos sucessórios, uma vez que até a presente data, tal situação carece de regulamentação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2015.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1.184/2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.686/2004*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.892/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.701/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121/2015 de 24/09/2015*. <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.013/2013 de 09/05/2013*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010 de 06/01/2011*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1.194.059/SP*, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012. Disponível em:

<<http://http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1.377.084/MG*, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe15/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=comunhao+parcial+bens+p+articulares+sucessao&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/05/2008, Data de Publicação: DJe 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 878.694/MG*, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe19/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. *APC 2008.01.1.149300-2*. Relatora: Nídia Correia Lima. Data do Julgamento: 03/09/2014. Publicado em: 23/09/2014. Página: 139. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 20150020284937, Relator: José Divino de Oliveira, Data de Julgamento: 16/12/2015, Data de Publicação: DJe 21/01/2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório: família e dignidade humana. V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, *Anais...* São Paulo: IOB Thompson, 2006.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra Editora, 2000.

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. *Direito de família e das sucessões*. São Paulo: Harbra, 2004.

BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. *Bioética: vida e morte*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008.

BLAZZO FILHO, João. *Histórico do direito das sucessões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALCANTE, Marcio Andre Lopes. *Lei 13.058/2014*: determina que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, o juiz aplicará a guarda compartilhada. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/12/lei-130582014-determina-que-quando-nao.html?m=1>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família* (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

COELHO, Bruna Fernandes. O princípio da força normativa da Constituição e a máxima efetividade das normas. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-forca-normativa-da-constituicao-e-a-maxima-efetividade-das-normas,31982.html>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família, sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e direito privado*. 1. ed. Belo Horizonte: Líder. 2004.

CORREIA, Marilena C. D. V.; COSTA, Cristiano. *Reprodução assistida*. Disponível em: <<http://gente.org/temas/reproducao>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

DEVAL, Rafael Antonio. *Autonomia privada e as disposições testamentárias no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8338/autonomia-privada-e-as-disposicoes-testamentarias-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Ed. Saraiva. 9ª Edição. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERNANDES, TychoBrahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*.

FERTILIDADE. *Infertilidade e esterilidade: você conhece a diferença?* Clínica de Reprodução Humana. Disponível em: <<http://fertilidade.org/content/infertilidade-esterilidade-voce-conhece-diferenca>>. Acesso em: 30 out. 2015.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessórios*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito das Sucessões*. 2. Ed. Belo Horizonte Del Rey, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. II CONGRESSO PAULISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES, FAMÍLIA E PATRIMÔNIO: UM NOVO OLHAR. *Anais...* São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. Do direito das sucessões; arts. 1.784 a 1.911. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em 11 abr. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KELSEN. A pirâmide de Kelsen. Disponível em: <<http://equilibrecursos.com.br/2014/02/a-piramide-de-kelsen-2/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

KELSEN. A Pirâmide de Kelsen. Disponível em: <<http://www.meubizu.com.br/hierarquia-das-normas-direito-constitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito das sucessões: 1.784 a 2.027*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Adriana Karlla de. *Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9280](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

LIMA, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira. *Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11594](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11594)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 60.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil 6: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil 2: direito de família*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil 2: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida: Bioética e Biodireito*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Caducidade das ações de investigação*. Lex Familia e Revista Portuguesa de Direito de Família, 2004.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10064-10063-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 30 out. 2015.

PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PROCRIAR. O que é criopreservação? Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>>. Acesso em 15 abr. 2016.

RACHEL, Andrea Russar. Qual é a diferença entre nascituro e concepturo? Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1822527/qual-e-a-diferenca-entre-nascituro-e-concepturo-andrea-russar-rachel>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Elizete Maria da Conceição. *A sucessão do cônjuge casado no regime de comunhão universal e parcial de bens em concorrência com os descendentes*: uma análise constitucional à luz do princípio da isonomia. Disponível em: <[http://www.fapam.edu.br/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015210127ELIZETE\\_MARIA.pdf](http://www.fapam.edu.br/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015210127ELIZETE_MARIA.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

SANTIAGO, Emerson. Direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 15 ab. 2016.

SANTOS, Michelly. Princípio da segurança jurídica. 2015. Disponível em: <<http://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/171343529/principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética, In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

SOUSA, Luana Gonçalves. Os reflexos sucessórios da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

SOUTO, Wilson Diorato. *A inconstitucionalidade do inciso V do Artigo 1634 do Código Civil*: o genitor(a) pode impedir o ex-cônjuge de se mudar em razão dos filhos? Disponível em: <<http://diorato.jusbrasil.com.br/artigos/160746497/a-inconstitucionalidade-do-inciso-v-do-artigo-1634-do-codigo-civil-o-genitor-a-pode-impedir-o-ex-conjuge-de-se-mudar-em-razao-dos-filhos>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência*: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. Comentários à prova de segunda fase do MP/SP – 2005.  
Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=questoes&id=54>>.  
Acesso em: 15 abr. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Ensaaios de bioética e direito*. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012.